

# **Kravet til saklig oppsigelse – en sammenlikning mellom norsk og tysk rett**

Kandidatnummer: 374

Veileder: Professor Henning Jakhell

Leveringsfrist: 25.4.2006

Til sammen 17998 ord

18.06.2006

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING OG METODE</u></b>	<b><u>1</u></b>
<b><u>2</u></b>	<b><u>HISTORISK BAKGRUNN</u></b>	<b><u>3</u></b>
2.1	Norsk rett	3
2.2	Tysk rett	4
2.3	Komparativt	6
<b><u>3</u></b>	<b><u>KRAVET TIL SAKLIG OPPSIGELSE</u></b>	<b><u>8</u></b>
3.1	Innledning	8
3.2	Prinsippene	9
3.2.1	Utgangspunkt for vurderingen	10
3.2.2	Sammenlikning av prinsippene	13
3.3	Oppsigelse grunnet bedriftens forhold	15
3.3.1	Innledning	15
3.3.2	Kravet til tvingende bedriftsgrunner	17
3.3.3	Kravet til negativ prognose	18
3.3.4	Kravet til oppsigelsen som ultima ratio	19
3.3.5	Hvilken arbeidstaker skal sies opp?	24
3.3.6	Interesseavveiningen	35
3.3.7	Bortfall av oppsigelsesgrunnlaget i ettertid	37
3.3.8	Fortrinnsrett til ny ansettelse	38
3.3.9	Arbeidstakers krav på økonomisk kompensasjon	40
3.4	Oppsigelse grunnet forhold på arbeidstakersiden	42
3.4.1	Innledning	42
3.4.2	Oppsigelse grunnet arbeidstakers forhold	47
3.4.3	Oppsigelse grunnet arbeidstakers person	52

3.4.4	Arbeidstakers krav på advarsler	58
<b><u>4</u></b>	<b><u>DOMSTOLSADGANGEN TIL Å OVERPRØVE OPPSIGELSENS SAKLIGHET</u></b>	<b><u>62</u></b>
4.1	Norsk rett	62
4.2	Tysk rett	63
<b><u>5</u></b>	<b><u>AVSLUTNING</u></b>	<b><u>65</u></b>
<b><u>6</u></b>	<b><u>LITTERATURLISTE</u></b>	<b><u>66</u></b>
6.1	Lover benyttet i oppgaven	67
6.2	Forarbeider benyttet i oppgaven	68
6.3	Norske rettsavgjørelser benyttet i oppgaven	68
6.4	Tyske rettsavgjørelser benyttet i oppgaven (med funnsteder)	69
6.5	Andre kilder	71
<b><u>7</u></b>	<b><u>FORKORTELSER</u></b>	<b><u>72</u></b>
<b><u>8</u></b>	<b><u>VEDLEGG</u></b>	<b><u>74</u></b>

## **1 Innledning og metode**

Når samfunnet i økende grad internasjonales og arbeidsmarkedets nasjonale grenser blir mer utydelige, stiller dette nye krav til rettsanvenderen. På denne bakgrunn har jeg valgt å foreta en komparativ gjennomgang av arbeidstakers krav på saklig oppsigelse i norsk og tysk rett.

Oppgavens omfang tillater ikke en fullstendig sammenlikning av oppsigelsesvernet, og problemstillingen er derfor avgrenset til en sammenlikning av aml.2005 § 15-7 (1) og (2) med § 1 KSchG, samt kortfattet om domstolskontrollen. Av plasshensyn er oppsigelsesvernet etter aml.2005 § 15-7(3) utelatt. Det samme gjelder for en redegjørelse for bedriftsrådets rolle i tysk arbeidsrett, selv om dette på enkelte punkter kunne ha lettet forståelsen av oppgavens tema. Der det er foretatt ytterligere avgrensninger er disse av mer organisatorisk karakter og blir kommentert underveis.

Norsk arbeidsrett bygger ikke på noen egen juridisk metode, annet enn at arbeidsrettens sosiale målsetning og karakter av verneavgivning gjør at det i større grad kan legges vekt på reelle hensyn enn det som vil være tilfelle på andre rettsområder. Oppgaven bygger på den nye arbeidsmiljøloven av 2005 som i stor grad viderefører aml.1977, slik at det også er vist til relevante rettskilder til loven av 1977. Dette kommenteres nærmere ved de enkelte underpunkter.

Tysk arbeidsrett er ikke som norsk sentrert rundt en hovedlov, men er langt mer fragmentarisk bygget opp, noe som gjør reglene mer utilgjengelige. I likhet med norsk rett tar kravet om oppsigelsens sosiale rettferdighet utgangspunkt i en rettslig standard, slik at andre rettskilder blir viktig for å fastlegge kriteriets innhold. For oppgavens del vil det tyske rettskildebildet i stor grad sammenfalle med det norske. Imidlertid tillegges ikke

lovforarbeider vekt som selvstendig rettskilde etter tysk rett, slik at avgjørelser fra BAG og anerkjent juridisk teori vil ha en tilsvarende større vekt<sup>1</sup>.

Oppgavens tema omfattes ikke av EF-rettslige reguleringer, slik at forholdet mellom nasjonal rett og EF-rett ikke vil være et tema her.

Til sist skal nevnes at det tyske domstolssystemet er bygget opp med enkelte særdomstoler, deriblant Arbeitsrechtsdomstolen, jf § 95 GG. I motsetning til i Arbeidsretten i Norge har denne domstolen kompetanse til og skal avgjøre alle typer arbeidsrettssaker. Domstolen har tre instanser, med Bundesarbeitsgericht (BAG) som den høyeste. I enkelte tilfeller kan hele eller deler av problemstillingen forelegges Bundesverfassungsgericht etter §§ 93 og 100 GG.

---

<sup>1</sup> Model s.400

## 2 Historisk bakgrunn

### 2.1 Norsk rett

Før 1936 var det ikke lovfestet krav om at oppsigelsen skulle ha saklig grunn eller grunnlag i omstendigheter ved arbeidsforholdet. I Rt. 1935 s.467 uttales det i et obiter dictum på side 471: ”..i et almindelig arbeidsleieforhold kan efter norsk rett utvilsomt en arbeidsgiver si op folk fra sitt arbeide efter eget skjønn og god tykke med lovlig frist uten at behøve at angi eller paavise noget forsvarlig grunnlag eller nogen grunn overhodet - og uten at være underkastet domstolenes kritikk.”.

I dag vekker muligheten for slik vilkårlig maktbruk fra arbeidsgiver liten forståelse. Imidlertid var dette den gang en alminnelig oppfatning i faglige kretser. Dette vises bl.a. ved at forslaget fra komiteen satt ned for å revidere arbeidervernlovgivningen i 1916 ikke inneholdt noen begrensninger i arbeidsgivers adgang til oppsigelse<sup>2</sup>. Begrensning til oppsigelser som hadde saklig grunn ble imidlertid tatt med da regjeringen satte frem proposisjon til lov om tilsyn med arbeid i 1935. Kritikere av forslaget fremhevet at inngrepet ville gjøre arbeidsgivers styringsrett illusorisk. Forslaget ble likevel godtatt etter debatt og revisjon, og inntatt i Arbeidervernloven av 1936 § 33 punkt 3a. Bestemmelsen slo fast at arbeidstaker hadde krav på erstatning dersom oppsigelsen ikke hadde ”saklig grunn i bedriftsinnehaverens, arbeiderens eller bedriftens forhold, men skyldtes helt utenforliggende grunner.”. Ikke alle fikk glede av vernet, det betinget tre års sammenhengende tilsetning ved samme bedrift etter fylte 21 år.

---

<sup>2</sup> Fanebust s.42

Arbeidervernloven ble revidert i 1956, bl.a. ved at opptjeningstiden ble redusert til to år i samme bedrift etter fylte 20 (lovens § 43 pkt. 1). Loven ble også utvidet til å gjelde ansatte i offentlig sektor som ikke var underlagt Tjenestemannsloven, først og fremst kommunalt ansatte. Kravet om opptjeningsstid ble helt frafalt ved ny lovrevisjon gjennom lov av 7. mars 1975 nr. 4. Selv om kravet om opptjeningsstid ble frafalt og ikke senere gjeninnført, er tjenestetiden fortsatt et viktig moment i saklighetsvurderingen.

Saklighetskravet ble igjen revidert ved innføringen av arbeidsmiljøloven i 1977. I forarbeidene vises til at saklighetskravet er et dynamisk begrep og at særlig rimelighetsvurderinger har kommet sterkere inn i bildet siden 1936. Videre anføres at begrepet gjennom rettspraksis har blitt strengere, slik at arbeidsgiver stadig må argumentere bedre for at oppsigelsen er saklig. På denne bakgrunn viser forarbeidene til formålsbestemmelsen i aml.1977 § 1 som gir at saklighetskravet må følge med den sosiale utvikling i samfunnet ellers<sup>3</sup>. Dette fikk bl.a. den betydning at domstolene måtte være varsomme med å legge eldre rettspraksis til grunn, særlig i de tilfeller der denne gikk i arbeidstakers disfavør.

Ved ny arbeidsmiljølov av 17.6.2005 nr. 62 er det ikke tilsiktet noen endringer i saklighetskravet. I Ot.prp.nr 49 (2004-2005) heter det at bestemmelsen viderefører gjeldende regler om vern mot usaklig oppsigelse etter aml.1977 § 60.

## 2.2 Tysk rett

Det første skritt mot et moderne oppsigelsesvern ble i tysk rett tatt ved den Alminnelige Prøyssiske bergverkslov av 28.6.1909. Her ble oppsigelse av oppsynsmenn kun akseptert dersom oppsigelsen bygget på grunnlag angitt i loven. Dermed ble en mindre krets ansatte

---

<sup>3</sup> Ot.prp.nr 41 (1975-76) s.72

unntatt muligheten for vilkårlig oppsigelse. Likevel synes det fram til ca. 1920 å være allment akseptert at arbeidsgiver hadde en tilnærmet uinnskrenket oppsigelsesadgang<sup>4</sup>.

Et alminnelig oppsigelsesvern ble først innført ved Betriebsrätegesetz (BRG) av 4.2.1920. For alle arbeidstakere kunne arbeidsgiveren nå kun gå til oppsigelse dersom denne var begrunnet i forhold nevnt i loven, jf § 84 BRG. Sentralt stod 1. ledd nr. 4 som slo fast at en oppsigelse ikke kunne gis dersom dette onde enten var ubillig, ikke begrunnet i arbeidstakers forhold eller ikke begrunnet i forhold i bedriften, altså et krav om saklighet ved oppsigelsen. Imidlertid var det individuelle oppsigelsesvern knyttet til det kollektive medbestemmelsessystem via bedriftsrådet. Bedriftsrådet er også i dag et organ som representerer arbeidstakerinteressene og som ivaretar arbeidstakernes medbestemmelsesrett. Regler om bedriftsråd finnes i dag i Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG). Bare når bedriftsrådet gav arbeidstakeren medhold i at oppsigelsen kunne bestrides og forsøk på minnelig løsning ikke førte frem, kunne arbeidstakeren bringe saken inn for retten. Selv der arbeidstakeren fikk rettens medhold i at oppsigelsen var ugyldig gav loven ikke noe fullgodt stillingsvern, da arbeidsgiver mot erstatning kunne opprettholde oppsigelsen, jf § 87 BRG.

Også gjennom andre lovreguleringer ble det samtidig gitt regler om oppsigelsesvern. Således ble prinsippet om oppsigelsen som ultima ratio og det sosiale utvalg ved oppsigelser introdusert gjennom Demobilmachungsverordnung §§12 og 13. Selv om denne forordningen var et tiltak for å tilpasse arbeidsmarkedet til hjemvendte soldater fra 1. verdenskrig, ble disse to reguleringene beholdt og utgjør i dag viktige deler av tysk oppsigelsesvern. Blant annet finner en i dag regler om sosialutvalg i § 1 III Kündigungsschutzgesetz (KSchG).

Nasjonalsosialismen bremsset utviklingen av den kollektive arbeidsretten. BRG ble erstattet av Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit av 20.1.1934 (AOG), med den konsekvens at bedriftsrådene ble oppløst og erstattet av såkalte bedriftsfelleskap der et strengt

---

<sup>4</sup> Preis s.14



førerprinsipp ble lagt til grunn. Bedriftslederen ble bedriftens fører og arbeidstakerne dennes underlagte. Fagforeningene ble opphevet, og både arbeidsgivere og arbeidstakere organisert i "Deutschen Arbeitsfront". Tariffavtalene ble opphevet og erstattet av "tariffordninger" som ikke var et resultat av forhandlinger, men rene forordninger diktert av myndighetene. På det individuelle plan ble saklighetskravet som rettslig standard knyttet til bestemte grunnlag for oppsigelse beholdt, jf. § 56 I AOG. Et slikt dynamisk rettsgrunnlag var et utmerket utgangspunkt for nazifisert arbeidsrett. Slik kunne politiske dissidenter, og senere også jøder, med legitimasjon i AOG sies opp fra sine stillinger.

Etter krigen ble oppsigelsesvernet først overlatt det enkelte Bundesland, og dermed preget av hvilken alliert makt som var ansvarlig, dernest til DDR og BRD. I DDR ble oppsigelsesvernet gjennomført etter marxist-leninistiske prinsipper, senest formulert i Arbeitsgesetzbuch av 16.6.1977. I BRD ble det enhetlig regulert ved Kündigungsschutzgesetz av 10.8.1951. Denne ble revidert 14.8.1969 gjennom Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz, til det vi kjenner den som i dag. Loven ble i utgangspunktet kritisert for å legge til grunn et objektivisert oppsigelsesvern som utelukket hensyn utenfor arbeidsforholdet, motsatt av det "ubillige onde" etter § 84 BRG. Erfaring har imidlertid tilbakevist kritikken. Forskjellen i formuleringer har ikke utgjort noen stor forskjell i hvilke hensyn det legges vekt på i praksis<sup>5</sup>. Etter den formelle gjenforeningen av Tyskland 3.10.1990 gjelder nå KSchG for hele landet.

### 2.3 Komparativt

I et komparativt perspektiv er utviklingen i norsk og tysk oppsigelsesvern de første 35 år av forrige århundre interessant. Dette var en periode der norsk rett på mange områder var influert av tysk, f.eks. tvistemålsloven av BGB. Også på oppsigelsesvernets område ser en vekselvirkningene. I 1920 innføres saklighetsprinsippet i tysk arbeidsrett, og det samme skjer i norsk rett i 1936, selv om det i forslaget fra 1916 ikke var påtenkt noe slikt prinsipp.

---

<sup>5</sup> Preis s.16

I siste halvdel av forrige århundre ser en tendens til at norsk og tysk arbeidsrett bruker mer ulike virkemidler for å realisere samme hensyn. I norsk rett går bl.a. bort fra opptjeningstid som vilkår for å oppnå oppsigelsesvern, mens denne tanken fortsatt er inkorporert i § 1 KSchG. Orienteringsendringen kan bl.a. skyldes en historisk faktor, en større rettslig selvstendiggjøring i Norge samt et tettere samarbeid i de nordiske land.

For begge systemer gjelder at det gjennom de siste snart hundre år har foregått en utvikling fra en tilnærmet ubegrenset styringsrett for arbeidsgiver, til et mer kompromissbasert system der hensynet til den svakere part står mer i fokus.

### **3 Kravet til saklig oppsigelse**

#### **3.1 Innledning**

Både norsk og tysk arbeidsrett legger til grunn at en oppsigelse fra arbeidsgiver skal være saklig fundert. Dette kravet utgjør et inngrep i arbeidsgivers styringsrett, og kan for begge systemers del sies å være et uttrykk for en sosialpolitisk målsetning om å beskytte arbeidstakerens sosiale og økonomiske eksistensgrunnlag mot det onde en oppsigelse representerer.

Saklighetskravet fremgår i norsk rett av aml.2005 § 15-7(1), og er formulert som at arbeidstaker ikke kan sies opp uten at det er saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgiverens eller arbeidstakerens forhold. Bestemmelsen viderefører den tidligere regel om vern mot usaklig oppsigelse i aml.1977 § 60, jf Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s.335.

I tysk rett er kravet til saklighet formulert som et krav om sosial rettferdighet. Sosialt rettferdig er oppsigelsen kun dersom den er begrunnet i et av alternativene i § 1 II 1. punktum KSchG, og ikke i strid med noen av de absolutte sosiale urettferdighetsgrunner i § 1 II 2. punktum KSchG.

For begge systemer gjelder at saklighetskravet er en rettslig standard som skal og vil utvikle seg i takt med samfunnsforholdene. I utgangspunktet er det derfor opp til domstolene å fastlegge det til en hver tid gjeldende innhold i begrepet. Allerede her kan det imidlertid bemerkes en forskjell i tilnærmingsmåten mellom norsk og tysk rett. Mens lovgiver i Norge har lagt få føringer på vurderingen, er enkelte av vurderingstemaene etter

tysk rett nærmere definert gjennom § 1 II og III KSchG. Dette gjør at tysk rettsanvender, særlig ved en oppsigelse grunnet bedriftens forhold, vil være noe mer bundet enn den norske.

I det videre vil det bli foretatt en komparativ fremstilling av de prinsipper som ligger til grunn for kravet om saklighet / sosial rettferdighet, før de enkelte oppsigelsesgrunnlag gis en grundigere gjennomgang.

### 3.2 Prinsippene

Det er neppe verken i tysk eller norsk rett uenighet om at arbeidstaker bør kunne sies opp ved de klare tilfeller av misligholdt arbeidsforpliktelse, eller dersom det foreligger tungtveiende hensyn på virksomhetssiden. Videre er det neppe tvilsomt at oppsigelse skal være avskåret grunnet forhold som er eller bør være arbeidsgiver uvedkommende.

At oppsigelsen skal ha saklig grunn eller være sosialt rettferdig innebærer dermed at de hensyn den er motivert av må ligge innenfor visse rammer. Utgangspunktet vil være at enkelte hensyn er utenforliggende og overhodet ikke kan vektlegges, mens andre hensyn etter sin art vil være akseptable, men ikke tilstrekkelige. Spørsmålet blir dermed om det etter en forholdsmessighetsvurdering foreligger saklig grunn eller sosial rettferdighet for oppsigelse.

Ved bedømmelsen om saklig grunn for oppsigelse foreligger, tas etter norsk rett som sagt tre typer omstendigheter i betraktning. Arbeidsgiverens, virksomhetens og arbeidstakerens forhold. Alternativet ”arbeidsgivers forhold” i aml.2005 § 15-7(1) er i praksis ikke lenger særlig aktuelt, men vil kunne ha en viss betydning i mindre og personlig eide og ledede bedrifter<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Fanebust s.103, Holo s.638

Tysk rett krever også at vurderingen tar utgangspunkt i visse kriterier. Disse er imidlertid noe annerledes inndelt, nemlig i virksomhetens forhold, i forhold ved arbeidstakers person og arbeidstakers forhold. Forhold ved arbeidstakers person og arbeidstakers forhold kan grovt beskrives ved at førstnevnte foreligger der arbeidstaker gjerne vil jobbe, men ikke kan (eksempelvis sykdom), mens det annet er tilfelle der arbeidstaker kan jobbe, men ikke vil (eksempelvis gjentatt forsovelse).

At tysk rett har strukturert oppsigelsesgrunnene noe annerledes enn norsk rett innebærer ingen realitetsforskjell, men er naturlig, bl.a. tatt i betraktning av tysk retts krav til advarsler før oppsigelse grunnet arbeidstakers forhold. Oppsigelse grunnet arbeidstakers person er resultat av subjektiv umulighet, og vil derfor ikke være avhengig av at det er gitt en eller flere advarsler på forhånd.

### 3.2.1 Utgangspunkt for vurderingen

Vurderingen av om en oppsigelse er saklig eller sosialt rettferdiggjort tar etter begge rettssystemer utgangspunkt i enkelte prinsipper som i større eller mindre grad er presisert i lovtekstene.

Norsk rett tar særlig utgangspunkt i en vurdering av om de omstendigheter som foranlediger oppsigelsen har slik betydning for arbeidsforholdet at det rettslig sett er rimelig og naturlig at de bør lede til opphør av dette<sup>7</sup>. Dette innebærer at det skal foretas en forholdsmessighetsvurdering og interesseavveining mellom avtalens parter. Det er i praksis og teori lagt vekt på om oppsigelse vil være en rimelig reaksjon på arbeidstakers mislighold, eller om oppsigelsen vil ha uforholdmessige skadevirkninger for den som rammes. Rimelighetsvurderingen i forhold til den oppsagte understrekes i forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 1977, jf Ot.prp.nr. 41 (1975-76) side 72.

---

<sup>7</sup> Jakhell s.369.

Lovgiver har ved oppsigelse grunnet virksomhetens forhold presisert vurderingenes innhold nærmere. Utgangspunktet skal legges til en avveining av virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen vil påføre den enkelte arbeidstaker, jf aml.2005 § 15-7(2). Videre vil oppsigelsen være uforholdsmessig og dermed usaklig dersom arbeidstaker kan omplasseres innen virksomheten.

Tysk rett tar ved vurderingen om oppsigelsen er sosialt rettferdig utgangspunkt i enkelte prinsipper utformet gjennom lov og praksis. Disse er prinsippet om oppsigelsen som ultima ratio, prinsippet om negativ prognose og prinsippet om interesseavveining. Som ved saklighetsvurderingen ved oppsigelse i Norge må disse prinsippene vurderes mot det anførte oppsigelsesgrunnlag. Her gis det derfor kun en kortfattet gjennomgang.

*Prinsippet om oppsigelsen som ultima ratio* gir at oppsigelser uansett grunnlag kun skal komme i betraktning som siste utvei. I en avgjørelse av 30.5.1978 har BAG slått fast at en oppsigelse kun kan komme i betraktning når ingen mulighet for et videre arbeidsforhold består, eventuelt heller ikke med dårligere betingelser<sup>8</sup>. Oppsigelse kan dermed kun komme på tale der arbeidsgiver ikke anser andre og mildere tiltak som egnede og tilstrekkelige. Ultima ratio-prinsippet kan også betraktes som del av prinsippet om oppsigelsens forholdsmessighet, konkretisert av lovgiver gjennom § 1 II 3. punktum KSchG. Oppsigelsen kommer dermed kun i betraktning der dette er strengt nødvendig, hvilket f.eks. ikke vil være tilfellet der arbeidstaker kan fortsette i annen stilling, eventuelt etter nødvendig omskolering, eller der arbeidstaker erklærer seg villig til å fortsette i stillingen under andre betingelser.

Bakgrunnen for *prognoseprinsippet* er å finne i § 1 II KSchG der det heter at de påberopte oppsigelsesgrunner må være til hinder for en videre ansettelse. De angitte oppsigelsesgrunner vil dermed i seg selv ikke være tilstrekkelige, oppsigelsen må i tillegg være begrunnet i en negativ fremtidsprognose.

---

<sup>8</sup> BAG 30.5.1978 EzA § 626 BGB Nr.66, punkt III 2b.

Prognoseprinsippet gjelder uansett oppsigelsesgrunn, og må forstås på bakgrunn av at tysk rett betrakter oppsigelsen som et fremtidsrettet tiltak. Oppsigelsen er ingen sanksjon mot arbeidstaker, men et middel for arbeidsgiver for å beskytte seg mot fremtidig mislighold. Prinsippet vil dermed være spesielt viktig ved oppsigelse grunnet forhold på arbeidstakersiden, men vil også ved bedriftsrelaterte oppsigelser måtte tas i betraktning. Her vil imidlertid prognosen skifte fokus fra arbeidstakers forhold til en bedriftsøkonomisk fremtidsvurdering.

Prognoseprinsippet berettigelse er stadfestet av Bundesverfassungsgericht i en avgjørelse av 21.2.1995<sup>9</sup>.

Ved *prinsippet om interesseavveining* må det differensieres mellom de tre typer oppsigelsesgrunnlag tysk rett anerkjenner, jf ovenfor.

Ved bedriftsbetinget oppsigelse var rettspraksis frem til ca. 1980 den at det også her måtte foretas en grundig interesseavveining mellom partene før en oppsigelse kunne være sosialt rettfærdig. Dette ble imidlertid kritisert i teorien, og BAG har siden skiftet standpunkt slik at det nå kun unntaksvis er mulig å velte en ren bedriftsbetinget oppsigelse gjennom en interesseavveining<sup>10</sup>. Stridens kjerne var i hvilke tilfeller domstolen etter § 1 II KSchG kunne legge en slik ren interesseavveining til grunn. Dette er nå kun ansett for å være tilfellet der lovgivers krav til oppsigelsesgrunnlagets innhold ikke kan finnes gjennom en konkret tolkning av denne bestemmelsen.

Ved oppsigelse grunnet bedriftens forhold er lovgivers krav kommet tydelig til uttrykk gjennom uttrykket ”tvingende bedriftsgrunner” (”...dringende betriebliche Erfordernisse...”) i § 1 II KSchG, og gjennom nødvendigheten av et sosialt utvalg etter § 1 KSchG III, slik at det her i stor grad ikke lenger er plass til en interesseavveining.

---

<sup>9</sup> BVerfG 21.2.1995 NZA 1995, 619 ff. punkt I 3b aa)

<sup>10</sup> Stahlhacke Rn.922

Ved oppsigelse grunnet arbeidstakers forhold eller person har lovgiver i større grad overlatt vurderingene til domstolene slik at en bredt anlagt interesseavveining ikke er til å unngå.

Både aml.2005 § 15-7 og § 1 KSchG bygger på prinsippet om individuell saklighet – altså at saklighetsvurderingen skal skje subjektivt i forhold til den enkelte arbeidstaker<sup>11</sup>. Det vil ikke være tilstrekkelig at oppsigelsen objektivt sett er saklig, f.eks. at det er nødvendig å foreta driftsinnskrenkninger.

### 3.2.2 Sammenlikning av prinsippene

I utgangspunktet kan vurderingsprinsippene skissert ovenfor gi inntrykk av at det vil være en viss avstand mellom kravene om saklig og om sosialt rettferdig oppsigelse. Tar en imidlertid prinsippene nærmere i øyesyn, går det etter mitt skjønn frem at selv om prinsippene opererer under ulike flagg, er det teoretiske innholdet noenlunde likt.

Prinsippet om oppsigelsen som ultima ratio uttrykkes i norsk rett eksplisitt gjennom kravet om at det ikke må være mulig å omplassere arbeidstaker i aml.2005 § 15-7(2). Etter både tysk og norsk rett vil det avgjørende ikke være om arbeidsgiver har vurdert muligheten for omplassering, men hvorvidt det forelå en annen passende og ledig arbeidsplass. Videre etter norsk rett følger av kravet til oppsigelsens rimelighet at den ikke vil være saklig dersom andre og mildere tiltak, f.eks. refselse, vil kunne være tilstrekkelige.

Drøftelsesplikten etter aml.2005 § 15-1 skal også sikre at mildere tiltak kommer i betraktning. At norsk rett dermed forutsetter oppsigelsen å være en forholdsmessig reaksjon, overlapper i stor grad kravet om oppsigelsen som ultima ratio etter tysk rett.

På et punkt går imidlertid tysk rett lenger. Uansett grunnlag vil oppsigelsen ikke være sosialt rettferdig dersom det finnes annen passende stilling for arbeidstaker i virksomheten. Dette følger av § 1 II 2. punktum KSchG, som i motsetning til aml.2005 § 15-7(2) ikke

---

<sup>11</sup> Brox Rn.497, Jakhelln s.369



begrenser seg til oppsigelse grunnet bedriftens forhold. Den tyske bestemmelsen tolkes her ikke strengt etter sin ordlyd. Mulighet for omplassering utgjør en oppsigelsesskranke som vil foreligge uavhengig av bedriftsrådets innblanding, noe som også rimer best med de vernehensyn bestemmelsen er satt til å sikre<sup>12</sup>. Det kan stilles spørsmål ved om ikke også forholdsmessighetskravet som del av saklighetskravet etter norsk rett burde gi arbeidsgiver en utvidet omplasseringsplikt etter aml.2005 § 15-7(2). En kunne tenke seg at oppsigelse grunnet arbeidstakers forhold, der dennes skyld er liten, burde gi arbeidstaker et krav på omplassering hvis mulig, slik Fanebust side 91 og forutsetningsvis Rt. 1978 s.160 (s.167). En slik utvidet omplasseringsplikt er imidlertid ikke gjort til del av aml.2005 § 15-7.

Når det gjelder kravet til negativ prognose finnes det ingen direkte ekvivalent i norsk oppsigelsesvern. Likevel vil hensynet til fremtidig utvikling være et viktig moment ved saklighetsvurderingen. Der arbeidstaker av ulike årsaker over lengre tid er ute av stand til å arbeide grunnet sykdom, slik at beskyttelsesperioden etter aml.2005 § 15-8(1) oversittes, vil en antagelse om sykdommens videre forløp være av vesentlig betydning. Tilsvarende også der en bedrift legger prognoser for fremtidig bemanningsbehov.

Ved prinsippet om interesseavveining kan det være nyttig å sonde mellom de ulike oppsigelsesgrunnlag. Ved oppsigelse grunnet arbeidstakers forhold (og person) vil interesseavveiningen langt på vei være sammenfallende i norsk og tysk rett. Unntak her kan imidlertid tenkes når det gjelder adgangen til å legge vekt på arbeidstakers sosiale forhold. Når det gjelder interesseavveiningen ved bedriftsbegrunnet oppsigelse har tysk lovgiver valgt enn annen metodisk innfallsvinkel enn norsk rett. Foreligger en tvingende bedriftsgrunn vil den aktuelle arbeidstaker for oppsigelse bli valgt fra det sosiale utvalg, slik at interesseavveiningen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker ikke har noen plass. Kriteriene for hvilken arbeidstaker som skal utvelges i det sosiale utvalg er langt på vei fastlagt av lovgiver. Norsk rett har ingen tilsvarende konstruksjon som det sosiale utvalg,

---

<sup>12</sup> Stahlhacke Rn.1003

slik at interesseavveiningen etter aml.2005 § 15-7(2) vil foretas mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, ikke mellom arbeidstakerne som etter § 1 III KSchG.

### 3.3 Oppsigelse grunnet bedriftens forhold

#### 3.3.1 Innledning

Norsk rett angir de vanligste grunnlag for oppsigelse grunnet forhold på arbeidsgiversiden i aml.2005 § 15-7(2), nemlig driftsinnskrenkninger og andre rasjonaliseringstiltak. Slike tiltak utgjør objektivt sett saklig grunn for oppsigelse, forutsatt at arbeidsgiveren ikke har annet passende arbeid i virksomheten å tilby den oppsagte.

Mens oppsigelsens saklighet i norsk rett er knyttet til begrepene driftsinnskrenkning og rasjonalisering, er oppsigelsen etter tysk rett i utgangspunktet sosialt rettferdig hvis den har grunnlag i tvingende bedriftsgrunner som utelukker en fortsettelse av ansettelsesforholdet, jf § 1 II KSchG. Tvingende bedriftsgrunner kan foreligge ved redusert omsetning generelt, som følge av oppdragsmangel og kostnadsøkning, nedleggelse av en avdeling, behov for bemanningsreduksjon gjennom anskaffelse av moderne maskinpark osv. Som i norsk rett gir disse en objektiv, men ikke tilstrekkelig, begrunnelse for oppsigelsen.

Det kan allerede her pekes på en vesentlig forskjell ved oppsigelse grunnet bedriftens forhold i norsk og tysk rett, nemlig vurderingen av det subjektive element. Etter norsk rett skal det foretas en vurdering av oppsigelsens forholdsmessighet med utgangspunkt i en interesseavveining mellom fordeler virksomheten måtte oppnå ved oppsigelsen, og de ulemper denne vil påføre den aktuelle arbeidstaker. Etter tysk rett blir imidlertid det avgjørende om, og i tilfelle i hvilket omfang, arbeidsplasser bortfaller som følge av de tvingende bedriftsnødvendigheter og om rett arbeidstaker for oppsigelse er valgt fra et riktig sammensatt sosialt utvalg. Den forholdsmessighetsvurdering inter partes norsk rett gir anvisning på er det dermed ikke plass til i tysk rett.

Det kan for begge systemers del legges til grunn at arbeidsgivers død ikke påvirker arbeidsforholdet, med mindre det er tale om arbeidsoppgaver som var særlig knyttet til arbeidsgivers person, f.eks. personlig sekretær eller pleier, eller det er tale om en bedrift der arbeidsgivers tilstedeværelse har vært en forutsetning for driften.

Saklighetskravet etter norsk rett forlanger ikke nødvendigvis at det skal ligge økonomiske momenter til grunn for oppsigelsen, men kun at de påberopte grunnlag skal være saklige. Dette har bl.a. kommet til uttrykk i Rt. 1989 s.508 som gjelder driftsinnskrenkninger ved flytting av en bedrift. Førstvoterende uttaler på side 514:

*”... Men dette kan ikke utelukke at en bedrift ut fra et bredere vurderingsgrunnlag vil kunne anse det for riktig å velge en annen løsning enn den som bedriftsøkonomisk er mest lønnsom. At en stor bedrift – i vårt tilfelle en statsbedrift – skulle være avskåret fra å ta hensyn til distriktsinteresser, når det tvinges til å velge mellom drift på ett eller to steder, måtte det i tilfelle kreves helt klare holdepunkter i loven for.”*

Sett hen til det ovennevnte kan saklighetskravet ved bedriftens behov for driftsinnskrenkning eller rasjonalisering etter norsk rett synes noe hult. Imidlertid er store deler av arbeidslivet underlagt regler om arbeidstakerrepresentasjon, jf for private bedrifter Grl. § 110 (2), Hovedavtalen mellom NHO og LO (2002-2005) kapittel IX og aksjelovens bestemmelser (bedriftsdemokrati). Det vil si at det skal forhandles og drøftes med arbeidstakere om bedriftsdisposisjoner som vil kunne påvirke deres hverdag. De ansatte vil dermed kunne motvirke forhastede eller uheldige beslutninger på områder av sentral betydning for dem. Arbeidstakere er også beskyttet gjennom kravet til oppsigelsesfrister, og ved at arbeidstakers lønnskrav er prioritert og delvis statsgarantert i konkurs (jf deknl. § 9-3 og statsgarantil.). I tillegg har arbeidstakere som sies opp etter aml.2005 § 15-7(2) rett på omplassering og fortrinnsrett ved nyansettelser etter aml.2005 § 14-2(1).

Jeg vil i det videre holde meg til systematikken etter tysk rett da denne etter mitt skjønn gir det beste utgangspunkt for en fortløpende sammenlikning.

### 3.3.2 Kravet til tvingende bedriftsgrunner

Mens norsk rett etter § 15-7(2) kun angir de ukvalifiserte grunnlag innskrenkning og rasjonalisering, setter tysk rett krav om at oppsigelse grunnet bedriftens forhold må ha sitt utgangspunkt i tvingende bedriftsgrunner, jf § 1 II KSchG.

Kravet om at det må foreligge tvingende bedriftsgrunner før oppsigelse kan foretas innskrenker arbeidsgivers styringsrett i større grad enn etter aml.2005 § 15-7(2), og gir arbeidstaker et vern mot oppsigelse ved rene omstruktureringer i bedriften. En oppsigelse vil dermed bare være rettfærdiggjort der bedriftens forhold har overskredet den oppsigelsesberettigende tålegrense. Er dette ikke tilfelle faller oppsigelsen bort selv om arbeidstakers stilling ikke eksisterer lenger.

At det må foreligge tvingende bedriftsgrunner beskytter også arbeidstakeren mot å bli sagt opp i et rent profittmaksimeringsøyemed. En oppsigelse for ytterligere å styrke overskuddet i en bedrift som har hatt stigende overskudd de siste år vil neppe kunne karakteriseres som tvingende nødvendig, og vil således måtte underkjennes. Hvorvidt bortfallet eller endringen av stillingen er et resultat av økonomisk nødvendige driftsinnskrenkninger eller rasjonalisering for å maksimere virksomhetens økonomiske resultat er etter aml. § 2005 § 15-7(2) i utgangspunktet uten betydning. I praksis vil imidlertid helhetsvurderingen etter § 15-7(2) annet punktum falle noe annerledes ut om oppsigelsen er begrunnet i økonomiske nødvendigheter eller økonomiske ønskeligheter. Dette har også støtte i forarbeidene, jf Ot.prp.nr. 41 (1975-76) side 72, jf Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) side 335, som tar sikte på å styrke arbeidstakers rettigheter ved bortfall av arbeidsplass grunnet ønske om økonomisk gevinst. Selv om tysk rett her gjennom sitt krav til kvalifisert grunnlag i bedriftens forhold i utgangspunktet tar sikte på et høyere beskyttelsesnivå for arbeidstaker, er det nok tvilsomt om forskjellene blir så store i praksis. Oppsigelse grunnet i

rene profittmotiver kan enkelt skjules bak nødvendige tiltak for å sikre fremtidig konkurranseevne, og vil dermed måtte aksepteres som tvingende bedriftsgrunn.

Uansett hvilket grunnlag arbeidsgiver anfører må denne vise hvordan dette innvirker på de arbeidstakers stilling det kan bli aktuelt å si opp. Dette fremgår umiddelbart av lovteksten ved at § 1 II 1. punktum KSchG forutsetter at oppsigelsen er betinget av en tvingende bedriftsgrunn i opposisjon til et fortsatt arbeidsforhold. For norsk retts vedkommende kan dette utledes av kravet om individuell saklighet. En generell begrunnelse i foretatte bedriftsdisposisjoner som fører til et forringet personalbehov vil ikke være tilstrekkelig. I tysk rett kan det av kravene til kausal sammenheng og tvingende bedriftsgrunn imidlertid ikke utledes at arbeidsgiver fra de objektive oppsigelsesgrunner skal kunne vise akkurat hvilken stilling som blir overflødig. Det som kreves er at arbeidsgiver kan vise at det gjennom omstillingene vil bli overtallighet innenfor et bestemt fagområde, noe som også må legges til grunn som tilstrekkelig etter norsk rett.

Konkret hvilke stillinger som forsvinner, og dermed hvilke arbeidstakere som må gå, er et spørsmål som for tysk retts vedkommende løses i forbindelse med det sosiale utvalg, jf § 1 III KSchG. Etter norsk rett må det her legges en konkret helhetsvurdering til grunn, jf nedenfor under punktene 3.3.5.1 og 3.3.5.2

### 3.3.3 Kravet til negativ prognose

Selv om det tyske krav til videre negativ utvikling har mest for seg ved oppsigelse grunnet arbeidstakers forhold eller person, må det også tas hensyn til ved bedriftsbetinget oppsigelse.

Ved bedriftsbetinget oppsigelse kan forholdene ligge slik an at det allerede på oppsigelsestidspunktet ikke lenger er et bedriftsøkonomisk grunnlag for arbeidsforholdet. En slik klarhet krever prognoseprinsippet imidlertid ikke. Det som kreves for å oppfylle prognoseprinsippet er at bedriftsgrunnene på oppsigelsestidspunktet har antatt en

noenlunde konkret form. Videre må en prognose, basert på rimelig sikre og objektivt etterprøvbare fakta, vise at de angitte oppsigelsesgrunner vil være en realitet ved utløpet av oppsigelsesfristen. Etter BAG's oppfatning vil dette si at man gjennom en fornuftig, bedriftsøkonomisk betraktning med en viss sikkerhet kan fastslå at grunnlaget for oppsigelsen vil bekreftes ved utløpet av oppsigelsesfristen<sup>13</sup>. Av dette kan det slutes at en oppsigelse grunnet nedleggelse av bedriften ikke vil være sosialt rettferdig dersom arbeidsgiver kun vurderer slikt tiltak, men ennå ikke har besluttet noe konkret.

Selv om ikke norsk rett har ett eget prinsipp dedikert den fremtidige utvikling av de faktorer som begrunner oppsigelsen, må det legges til grunn at slike betraktninger ved bedriftsbetinget oppsigelse vil ha en sentral plass ved saklighetskravet. Det ligger i de grunnlag anført i aml.2005 § 15-7(2) at vurderingen vil være fremtidsrettet. Utgangspunktet for vurderingen må tas i forholdene på oppsigelsestidspunktet. Betydningen av at forholdene endrer seg i ettertid vil det kommes tilbake til under punkt 3.3.7.

#### 3.3.4 Kravet til oppsigelsen som ultima ratio

Både for norsk og tysk rett har lovgiverne ved bedriftsbegrunnet oppsigelse gjort mulighet for annet passende arbeid i bedriften til en absolutt oppsigelsesskranke, jf aml.2005 § 15-7(2) 1. punktum og § 1 II 2. punktum KSchG. Av § 1 II 3. punktum KSchG og prinsippet om oppsigelsen som ultima ratio følger at også andre og mildere tiltak må tas i betraktning før oppsigelse rettsgyldig kan besluttes. Dette må også sies å være tilfelle etter norsk rett. Dette har blitt lagt til grunn i juridisk teori, og kan etter mitt skjønn videre begrunnes ut i fra hensynene bak omplasseringsbestemmelsen samt en tolkning fra det mer byrdefulle for arbeidsgiver (gjennomføring av omplassering) til det mindre byrdefulle (gjennomføring av mildere tiltak)<sup>14</sup>. Manglende vurdering av andre alternativer vil også kunne indikere mangelfull saksbehandling fra arbeidsgiver, noe domstolene lett vil slå ned på. I tillegg vil

---

<sup>13</sup> BAG 27.11.2003 AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr.64 punkt 17

<sup>14</sup> Fanebust s.150

en reduksjon av oppsigelsen til en subsidiær beføyelse være en naturlig forlengelse av oppsigelsesvernet. Det er ingen grunn til å avbryte et arbeidsforhold dersom dette kan videreføres, om enn med enkelte forandringer.

For å avgjøre hvilke mildere tiltak som kan være aktuelle, må det for begge rettssystemers vedkommende tas utgangspunkt i det aktuelle oppsigelsesgrunnlag og hvilken målsetning som ønskes oppnådd.

*Andre, mildere virkemidler – annet passende arbeid i bedriften*

Spørsmålet blir her hva som må regnes som annet passende arbeid.

For norsk retts vedkommende vil dette bero på en helhetsvurdering hvor arbeidstakerens egen oppfatning er vesentlig<sup>15</sup>. I tillegg må det bl.a. legges vekt på arbeidstakerens kvalifikasjoner og om noen form for opplæring vil være nødvendig. Det er derfor avgjørende at partene tidlig oppretter en dialog. Plikten til å finne og tilby en passende stilling tilligger i utgangspunktet arbeidsgiver, men det vil være fordelaktig for arbeidstaker å være aktiv og selv komme med forslag. I Rt. 1995 s.227 ble stilling som hjelpemann på renovasjonsbil ansett som annen passende stilling for en kommunalt ansatt park og vedlikeholdsarbeider. Også en viss økning i reisevei vil kunne aksepteres. Selv om arbeidet som tilbys skal være så likt det opprinnelige i lønn og stillingsinnhold som mulig (Ot.prp.nr 41 (1975-76) s.72), må arbeidsgiver også tilby evt. dårligere arbeid, idet valgretten ligger hos arbeidstaker, jf. Rt. 1962 s.888. Hvis arbeidstaker avslår en stilling som ikke er vesentlig dårligere, vil arbeidsgiver normalt måtte gå fri.

Avgjørende etter tysk rett er om arbeidstaker besitter de nødvendige kvalifikasjoner for stillingen, forutsatt at stillingen er akseptabel for partene<sup>16</sup>. Omplussing til en stilling arbeidstaker er uegnet for vil ikke kvalifisere som et egnet mildere tiltak. Omplussing til

---

<sup>15</sup> Holo s.648

<sup>16</sup> Stahlhacke Rn.1008

annet passende arbeid er heller ikke mulig der bedriftsrådets tilslutning er en forutsetning etter § 99 BetrVG, men ikke foreligger.

Norsk rett har ingen konkret bestemmelse om arbeidstakers krav på opplæring eller omskolering for å kvalifisere for ledig stilling. For at ikke omplasseringsretten skal bli illusorisk bør det imidlertid legges til grunn at en rimelig grad av opplæring må aksepteres. Selv om tendensen lenge har vært å sikre eldre arbeidstakers rettigheter, kan det være naturlig å legge til grunn en større omskolingsplikt for bedriften ved oppsigelse av yngre arbeidstakere. Disse vil kunne gi bedriften avkastning på investeringen over et lenger tidsrom enn en langt eldre arbeidstaker. På den annen side vil ansiennitet måtte tillegges vekt i retning av økt opplæringsplikt. En opplæringsperiode tilsvarende innkjøringsperioden for vanlig nyansatt i stillingen er uansett arbeidstakers ansiennitet i alle fall ikke for lang.

For tysk rett bestemmes det i § 1 II 3. punktum KSchG at arbeidsgiver har krav på omplassering der dette kan skje via rimelig omskolering og videreutdanning. Dette gjelder uavhengig av bedriftsrådets innstilling, jf BAG 13.9.1973 AP § 1 KSchG 1969 Nr.2 punkt II 6. Er det avtalt tiltak for videre- og etterutdanning med bedriftsrådet etter § 97 BetrVG, vil dette kunne konkretisere hva som vil være rimelig omskolering. Omskolingsnivået som kan forlanges av partene vil bl.a. også avhenge av arbeidsforholdets varighet. I teorien har det blitt hevdet at et normativt utgangspunkt for hva som vil kunne regnes som et ytterpunkt kan legges til lovens lengste oppsigelsesfrist etter § 622 BGB, altså syv måneder<sup>17</sup>.

For begge rettssystemer gjelder etter mitt skjønn at kostbare omskoleringstiltak bare kan forlanges i den grad dette vil sikre arbeidstaker videre ansettelse. Det må her kunne legges vekt på utsiktene for at tiltaket skal være vellykket, og forventet lengde på etterfølgende ansettelsesforhold. Det kan ikke kun foretas en bedriftsøkonomisk vurdering isolert, men må legges en helhetsvurdering av partenes interesser til grunn.

---

<sup>17</sup> Stahlhacke Rn.1018



Dersom tiltaket kan hel- eller delfinansieres ved offentlige støtteordninger, følger det for tysk rett av sammenhengen mellom oppsigelsesvernsreglene og sosiale støtteordninger at omskoleringstiden vil kunne forlenges, jf § 2 SGB III. Dette vil være et viktig moment også etter norsk rett. Bedriftens plikt til opplæring og omskolering vil kunne øke der det f.eks. kan innvilges tilskudd til bedriftsintern opplæring fra AETAT.

I Ot.prp.nr 41 (1975-76) er det på side 72 poengtert at arbeidsgiveren ikke plikter å opprette en ny stilling det ikke vil være bruk for. Det er heller ikke slik at plikten til omplassering etter aml.2005 § 15-7(2) skal gi arbeidstaker en fordel på bekostning av andre arbeidstakere dersom den nye stillingen medfører problemer som gir rettigheter etter aml.2005 § 4-6(1), jf Rt. 1995 s.227. Selv om arbeidsgiver ikke må opprette ny stilling er det tilstrekkelig til å utløse omplasseringsplikten at det finnes passende udekkede behov eller oppgaver innen virksomheten, hvilket innebærer at arbeidsgiver kan være nødt til å vurdere eksisterende fordeling av arbeidsoppgaver med sikte på å skaffe arbeidstaker videre arbeid.

Konkurrerer flere oppsagte om et begrenset antall passende stillinger løses dette i tysk rett ved å foreta utvelgelsen gjennom et sosialt utvalg etter § 1 III KSchG. Konsekvensen av dette er at det er den sosialt svakeste kvalifiserte arbeidstaker som skal bli omplassert. I norsk rett taler de beste grunner for at utvelgelsen foretas i overensstemmelse med de vurderinger som ble gjort i forbindelse med oppsigelsene, noe som også er lagt til grunn ved fortrinnsrett til ny ansettelse etter aml.2005 § 14-2(6). Det vil si at momenter som ansiennitet, kvalifikasjoner og sosiale forpliktelser blir å hensynta. Skulle en her tatt utgangspunkt i en vanlig ansettelsesvurdering, ville dette gitt arbeidsgiver anledning til å sile ut de arbeidstakere det var ønskelige å ansette videre, og dermed omgå de prinsipper som styrer utvelgelsen av arbeidstakere som skal sies opp.

Rekkevidden av omplasseringsplikten er å finne i arbeidsgiver- og virksomhetsbegrepet i aml.2005 § 15-7(2). Rekkevidden av begrepene vil ha stor betydning for arbeidstakers forhåpning om videre ansettelse. Det vil være lettere å finne annen passende stilling i Oslo

kommune enn i et mindre renovasjonsselskap. Også her blir de reelle forhold å legge til grunn. Flertallet i Høyesterett fastslo i avgjørelsen inntatt i Rt. 1997 s.623 at et interkommunalt distriktssenter med eget styre måtte regnes som selvstendig rettssubjekt og som arbeidsgiver for senterets ansatte. Konsekvensen var at de kommuner som hadde opprettet senteret ikke hadde plikt til å tilby de oppsagte passende ledige stillinger i kommunene. Er virksomhetens økonomiske situasjon vanskelig, slik at enkelte deler må nedlegges, kan det være berettiget å gjennomføre oppsigelser slik at de enkelte deler vurderes hver for seg, jf Rt. 1992 s.776 der det ble lagt til grunn at det var forsvarlig å vurdere oppsigelsene i en nedlagt bankfilial isolert. Når det gjelder rekkevidden av virksomhetsbegrepet ble omplassering på konsernnivå foreslått av et mindretall i Arbeidslivslovutvalgets innstilling. Dette ble tiltrådt av arbeidstakerorganisasjonene i høringsrunden, men ikke tatt til følge av departementet.<sup>18</sup>

Også etter tysk rett må de reelle forhold legges til grunn når det skal avgjøres hva som omfattes av virksomhetsbegrepet. Ordlyden i § 1 II 2. punktum KSchG tilsier at arbeidstaker har krav på omplassering der dette er mulig i samme bedrift, eller i annen bedrift tilhørende samme foretak. Denne retten kan imidlertid kun unntaksvis anses i behold på konsernnivå<sup>19</sup>.

#### *Andre, mildere virkemidler – fortsatt arbeid med endrede betingelser*

Både norsk og tysk arbeidsrett bygger på et kontraktsrettslig grunnlag. En konsekvens av dette er at større endringer i arbeidsforholdet, som ikke er forenelige med partenes nåværende kontrakt, må foretas via endringsoppsigelse.

For begge lands oppsigelsesvern gjelder at det er opp til arbeidsgiver å tilby arbeidstaker en annen stilling under betingelser som vil kunne aksepteres av begge parter. Alle endringer i arbeidsavtalen som vil kunne være aktuelle skal tas i betraktning, også endringer fra

---

<sup>18</sup> Ot.prp.nr 49 (2004-2005) s.223

<sup>19</sup> Stahlhacke Rn.1014

heltidsansettelse til deltid. Arbeidstaker har imidlertid intet krav på omplassering til et høyere nivå, men slik omplassering kan selvfølgelig avtales mellom partene. Her som ellers skal det mildeste virkemiddel tas i bruk. Dersom stillingsendringene er så små at de kan gjennomføres via arbeidsgivers styringsrett er dette å foretrekke fremfor en endringsoppsigelse.

For tysk rett gjelder spesifikt at arbeidsgiver må klargjøre overfor arbeidstaker at dersom tilbudet om endringsoppsigelse avvises, vil alternativet være oppsigelse. Står dette ikke klart for arbeidstaker, vil oppsigelsen være ugyldig<sup>20</sup>. For norsk rett er ikke dette et like aktuelt krav da muligheter for endret stilling gjerne vil bli diskutert mellom partene i forbindelse med arbeidstakers medvirkning, jf aml.2005 § 15-1. Tysk arbeidstaker gis en frist på en uke til å vurdere tilbudet, og kan motta dette med forbehold om at oppsigelsen er sosialt rettferdig, jf § 2 KSchG. Avslår arbeidstaker tilbudet uforbeholdent kan arbeidsgiver gå til oppsigelse. Arbeidsgiver kan også velge å ikke forhandle med arbeidstaker om endret stilling, men gå direkte til endringsoppsigelse. Her vil ikke fristen på en uke være aktuell da den sedvanlige oppsigelsesfrist vil løpe. Har et relevant tilbud om arbeidsendring uteblitt, har rettspraksis vært at domstolen har prøvet om arbeidstakeren ville akseptert tilbudet eventuelt med forbehold etter § 2 KSchG. Dette har i teorien blitt kritisert og stemplet som ren spekulasjon. Det har vært hevdet at domstolene her heller burde falle ned på hovedregelen og stadfeste ugyldighet<sup>21</sup>.

### 3.3.5 Hvilken arbeidstaker skal sies opp?

Der flere arbeidstakere kommer i betraktning når et mindre antall stillinger fjernes, må arbeidsgiver velge. Metodene for å fastlegge hvem som skal sies opp er etter tysk og norsk rett såpass forskjellige at en fortløpende sammenlikning har lite for seg. Metodene blir dermed gjennomgått hver for seg. Til sist sammenliknes hovedpunktene.

---

<sup>20</sup> BAG 29.11.1990

<sup>21</sup> Stahlhacke Rn.1013.

### 3.3.5.1 Valg av arbeidstaker for oppsigelse

Etter norsk rett må også utvelgelsen av den eller de arbeidstakere som skal sies opp være forsvarlig, bl.a. ved at det ikke skal skje usaklig forskjellsbehandling, ved at det skal legges vekt på særlig lang ansettelsestid, samt at det også kan legges vekt på arbeidstakers sosiale forhold. Særlig fra arbeidstakerhold har en slik begrensning i arbeidsgivers mulighet til å velge fritt innen rammene av saklighetskravet vært ønskelig<sup>22</sup>.

Utgangspunktet er at det ved utvelgelsen ikke skal skje en usaklig forskjellsbehandling mellom de aktuelle arbeidstakerne. Noe veiledning kan her finnes i saklighetskravet ved oppsigelse grunnet arbeidstakers forhold. Dette kan likevel ikke strekkes slik at det kan utledes noe krav om at arbeidstakervurderingen i seg selv skal gi tilstrekkelig saklig grunn, bedriftens forhold vil alltid utgjøre det grunnleggende moment. Arbeidstaker skal i utgangspunktet velges fra hele virksomhetens arbeidstakermasse. Imidlertid kan det under forutsetning om saklig grunn av og til være riktigere å se de enkelte virksomhetsdeler for seg, jf. Rt. 1992 s.776.

En saklig utvelgelse kan oppnås ved å legge et ansiennitetsprinsipp til grunn. Det foreligger ingen rettsplikt for bedriften til å følge ansiennitetsprinsippet, slik at arbeidstaker ikke med grunnlag i aml.2005 § 15-7 kan kreve at oppsigelse skal skje etter ansiennitet. I hvilken grad prinsippet kommer til anvendelse, kan imidlertid være definert gjennom avtale eller tariffavtale, jf Hovedavtalen LO-NHO (2006-2009) § 9-12.

Det må likevel anlegges et bredere spekter ved utvelgelsen enn som så, hvilket kan illustreres gjennom avgjørelsen inntatt i Rt. 1986 s.879. Faktum var her at en bedrift hadde sagt opp seks arbeidstakere, fire av dem deltidsansatte kvinner som hadde arbeidet i bedriften siden 1975. Imidlertid hadde bedriften valgt å beholde medarbeidere med

---

<sup>22</sup> Fanebust s.166

ansiennitet fra 1976, 77 og 79. Høyesterett uttaler at ansiennitetsprinsippet kan fravikes ikke bare for ansatte som er helt nødvendige for den videre drift, men også grunnet forskjeller i kvalifikasjoner, erfaring og generell anvendelighet eller på spesielle områder når dette er tilstrekkelig begrunnet i bedriftens forhold. Også klare sosiale eller menneskelige relasjoner kan tillegges vekt. At sosiale forhold er relevant kommer også til uttrykk i Rt. 1967 s.91 der ektefelles inntektsforhold ble tillagt betydning.

I praksis vil arbeidsgiver som regel være interessert i å beholde de best kvalifiserte, noe som i teorien har kommet til uttrykk i kvalifikasjonshensynet. Dette innebærer at dersom bedriften har lagt til grunn at den skal beholde de arbeidstakere som er best kvalifisert, vil det normalt ikke være nødvendig å påvise annet saklig grunnlag for valget. Differensiering strengt etter kvalifikasjoner vil imidlertid vanligvis være lite forenelig med lovgivers forutsetninger om hensyntakende til eldre arbeidstakere.

Hvilke forhold det skal legges vekt på, ansiennitet eller kvalifikasjoner, vil strengt tatt være opp til bedriften, dersom ingen veiledning følger av fast og langvarig bransjepraksis, avtale eller tariffavtale. Det må likevel antas at oppsigelsen må underkjennes dersom bedriften ved valget av metode har lagt vekt på utenforliggende hensyn<sup>23</sup>. Om bedriften legger vekt på andre hensyn enn de ovennevnte, f.eks. sterke dokumenterbare sosiale hensyn, må dette være greit forutsatt at prinsippene om likebehandling følges.

#### 3.3.5.2 Det sosiale utvalg

Der flere arbeidstakere kan være aktuelle for det antall stillinger bedriften skal reduseres med, foretas utvelgelsen etter tysk rett via et sosialt utvalg, jf § 1 III KSchG.

Bestemmelsens formål er å fordele det onde en oppsigelse vil være mest mulig rettfærdig blant arbeidstakerne under hensyntagen til bl.a. sosiale forhold. Det er den sosialt sterkeste arbeidstaker som skal sies opp.

---

<sup>23</sup> Fanebust s.181.

Gjennomføringen av et sosialt utvalgt skjer i tre trinn. Først må personkretsen av arbeidstakere som skal vurderes fastlegges. Så må de aktuelle arbeidstakere rangeres mot hverandre etter kriteriene i § 1 III KSchG, det vil si i hvilken grad de vil måtte være gjenstand for sosial beskyttelse. Til sist må det avgjøres om bedriftens umiddelbare behov for kvalifisert arbeidskraft og nøkkelpersonell er forenlig med at en eller flere konkrete arbeidstakere er gjort til del av det sosiale utvalg.

#### *Fastleggelse av personkrets for det sosiale utvalg*

Fastleggelsen av personkretsen er av vesentlig betydning for i hvilken grad arbeidstaker som står under oppsigelsestrussel kan gjøre seg forhåpninger om å beholde sitt arbeid. Jo videre denne kretsen trekkes, jo flere arbeidstakere vil det være å sammenlikne seg med og jo større sjanse vil det være for å beholde jobben, og motsatt. I mangel av faste retningslinjer fra lovgiver om hvordan valget er å foreta, vil rettspraksis her spille en stor rolle. Rettspraksis har likevel konsentrert seg mer om konkrete løsninger enn å oppstille retningslinjer, slik at det også må tas hensyn til juridisk teori<sup>24</sup>.

Formålet med oppsigelsene danner utgangspunktet for utvelgelsen. Ved å ha valgt virkemiddelet bemanningsreduksjon, må bedriftsledelsen ha dannet seg en mening om hvilke arbeidstakergrupper som blir berørt. Disse understår dermed en umiddelbar oppsigelsestrussel, og er en naturlig del av det sosiale utvalg. Imidlertid er ikke personkretsen begrenset til disse. En arbeidstaker hvis arbeidsplass skal bestå, kan bli fortrent av en oppsigelsestruet sosialt svakere kollega, det vil si en arbeidstaker som alt tatt i betraktning vil rammes hardere av en oppsigelse.

BAG har gjennom sin praksis søkt å begrense risikoen for å bli fortrent av en sosialt svakere kollega ved å oppstille enkelte retningslinjer og begrensninger for utvelgelsen. En

---

<sup>24</sup> Stahlhacke Rn.1047

skal etter dette kun risikere å bli fortrent av arbeidstakere på samme trinn i bedriftshierarkiet i samme bedrift (særlig aktuelt ved nedbemanning i konsernforhold).

Av betydning er også rekkevidden av arbeidsgivers styringsrett overfor de arbeidstakere som står under umiddelbar oppsigelsestrussel, det vil si i hvilken grad disse kan omplasseres til andre stillinger uten å gå veien om endringsoppsigelse. Bare stillinger som den oppsigelsestruede kan overta gjennom utøvelse av arbeidsgivers styringsrett skal regnes med til det sosiale utvalg. Dette er en konsekvens av at § 1 III KSchG beskytter arbeidsforholdets videre beståen, men ikke gir krav på utvidet stillingsrett. Et illustrerende eksempel kan være en arbeidstaker i en mediebedrift som gjennom sin arbeidsavtale er knyttet til en bestemt redaksjon. Ansatte i andre redaksjoner tilhørende samme arbeidsgiver vil dermed ikke være aktuelle kandidater for et sosialt utvalg.

Enkelte arbeidstakergrupper står under et utvidet stillingsvern og innlemmes derfor ikke i det sosiale utvalg. Dette gjelder bl.a. medlemmer av bedrifts- eller personalråd (jf § 15 KSchG), midlertidig ansatte der oppsigelsesadgang ikke er avtalt (jf § 15 III TzBfG) samt gravide kvinner og mødre i de første fire måneder etter fødselen, så fremt ikke tillatelse foreligger fra de ansvarlige myndigheter (jf § 9 III 1. punktum MuSchG).

Arbeidstakere som ennå ikke har vært ansatt i seks måneder, og dermed ikke er underlagt det vanlige oppsigelsesvern, jf § 1 I KSchG, regnes med til det sosiale utvalg. Disse vil imidlertid automatisk bli fortrent av arbeidstakere som har oppnådd alminnelig oppsigelsesvern, selv om arbeidstakeren som ennå ikke har fullført opptjeningstiden har et langt større sosialt beskyttelsesbehov. Der arbeidstaker blir sagt opp før seks måneders ansettelse er nådd opprettes det ikke noe sosialt utvalg.

For arbeidsgiver vil det være viktig å forsikre seg om at den sosialt svakere arbeidstaker besitter de nødvendige kvalifikasjoner for å fylle den stilling som overtas. Dette gjøres enklest ved en sammenlikning av de kvalifikasjonskrav som stilles til den bestående stilling

med de kvalifikasjoner den nedlagte stilling krever. Det må her bemerkes at tilleggskvalifikasjoner den oppsagte er i besittelse av, men som ikke er del av stillingsbeskrivelsen til bortfalt stilling, ikke utvider gruppen av aktuelle stillinger for det sosiale utvalg.

Kvalifikasjonene mellom oppsagt arbeidstaker og arbeidstaker som vurderes inntatt i det sosiale utvalg trenger ikke være identiske, men det må være en forutsetning at de er likeverdige. Der kvalifikasjonskravene i bestående og bortfalt stilling er de samme, og oppsagt arbeidstaker tidligere ikke har prestert i henhold til disse (men dette ikke utgjør grunnlaget for oppsigelsen), fortrenger denne likevel den sosialt sterkere arbeidstaker. Arbeidsgiver skal ikke gjennom reglene om sosialt utvalg gis anledning til å korrigere tidligere feilansettelser<sup>25</sup>.

Der det er tale om å omplassere en sosialt svakere arbeidstaker på bekostning av en sosialt sterkere kan arbeidsgiver etter forholdene være nødt til å forelegge spørsmålet for bedriftsrådet og få dets tilslutning, jf §§ 95 III og 99 I BetrVG. Samtykker ikke bedriftsrådet i at den sosialt svakere erstatter den sosialt sterkere, trer den sosialt sterkere ut av det sosiale utvalg.

*Hvilke arbeidstakere inntatt i det sosiale utvalget skal sies opp?*

Hovedregelen er at den sosialt sterkeste arbeidstaker må gå. Denne har de største muligheter til på en god måte å overkomme det onde en oppsigelse nødvendigvis vil være.

I § 1 III 1. punktum KSchG gir lovgiver føringer på interesseavveiningen mellom arbeidstakerne inntatt i det sosiale utvalg. Etter denne bestemmelsen er en oppsigelse begrunnet i tvingende bedriftsgrunner likevel sosialt urettferdig dersom arbeidsgiver ved valget av de arbeidstakere som sies opp ikke, eller ikke i tilstrekkelig grad, har tatt hensyn til ansiennitet, alder, sosiale forpliktelser og eventuelle grad av arbeidsuførhet. Etter

---

<sup>25</sup> Stahlhacke Rn.1086.



forarbeidene skal ingen av kriteriene i prinsippet ha forrang<sup>26</sup>. Arbeidsgiver har imidlertid anledning til, etter at samtlige fire kriterier har blitt tilstrekkelig vurdert, å legge avgjørende vekt på en av dem. Tilleggs-kriterier kan også trekkes inn, men kun når de fire lovbestemte kriterier er tilstrekkelig hensyntatt.

*Arbeidstakers ansiennitet* er til tross for likevektsprinsippet nok likevel å anse som vurderingens kjerne-kriterium. Med ansiennitetsbegrepet siktes her til et arbeidsforhold uten avbrudd under samme arbeidsgiver, ikke i samme bedrift. Det siktes videre til arbeidsforholdets beståen, ikke dets tidsmessige innhold, jf § 4 I 1. punktum TzBfG. At det er arbeidsgiver som er målestokken gjør at arbeidstakers ansettelse under samme arbeidsgiver tidligere medregnes i ansettelsesperioden dersom denne tiden likeledes gikk til reduksjon i ventetiden etter § 1 I KSchG<sup>27</sup>.

*Arbeidstakers alder* er det annet av de kriterier lovgiver har bestemt at det skal legges vekt på ved utvelgelsen. Dette er en konsekvens av at det for eldre arbeidstakere oftere vil være vanskelig å finne nytt, tilsvarende arbeid. I utgangspunktet vil en eldre arbeidstaker hva angår dette kriteriet være mer beskyttelsesverdig enn en yngre, men det omvendte kan også tenkes, slik i arbeidsforhold der lang erfaring teller. Høy alder kan også gi muligheter for flere sosiale støtteordninger, f.eks. pensjoner og lignende.

Det tredje kriterium lovgiver har bestemt skal tas i betraktning er *arbeidstaker sosiale forpliktelser* på tidspunktet for oppsigelsen. Det siktes her til arbeidstakers underholdsforpliktelser. Slike plikter har i utgangspunktet ingen sammenheng med arbeidsforholdet, men lovgiver har vurdert disse som viktige nok til å skulle være en del av oppsigelsesvurderingen, bl.a. på bakgrunn av Art. 6 I GG. Tunge sosiale forpliktelser vil særlig være aktuelt for unge arbeidstakere, slik at denne vurderingen til en viss grad vil veie opp for vektleggingen av alder.

---

<sup>26</sup> BT-Drucks-15/1204 s.11

<sup>27</sup> Stahlhacke Rn.1096.

Ikke hvilken som helst underholdsforpliktelse kan tas i betraktning. Lovgiver har begrenset de hensyn arbeidsgiver må ta til de familierettslige etter §§ 1360, 1361, 1569 flg. og 1601 flg. BGB. Bestemmelsene regulerer en rekke områder fra underholdsplikt overfor ektefelle og barn til underholdsplikt overfor pleietrengende foreldre<sup>28</sup>. Underholdsforpliktelser arbeidstakeren har påtatt seg uten rettslig forpliktelse skal arbeidsgiver derimot ikke vektlegge, slik at underholdsforpliktelser overfor samboer vil falle utenfor. Det er irrelevant om arbeidstaker virkelig oppfyller sine underholdsforpliktelser.

Spørsmålet blir videre om ektefelles inntekt kan tas inn i vurderingen. En arbeidstaker med ektefelle med høyere inntekt vil som regel ha en tilsvarende mindre forsørgerbyrde. For å legge den aktuelle størrelsen på underholdningsbidraget til grunn taler at dette vil være best i overensstemmelse med bestemmelsens formål. Mot dette taler den manglende rettslige sammenheng mellom den underholdsberettigedes inntekt og det truede arbeidsforhold. Avgjørende blir imidlertid at familierettslovgivningen prinsipielt ikke skiller mellom inntekter av formue, av selvstendig arbeid eller av uselvstendig arbeid. Dette ville føre til at man ved vurderingen etter § 1 III 1. punktum KSchG måtte ta hensyn til alle ektefellens inntektskilder. En slik informasjonsplikt for arbeidstakers ektefelle overfor arbeidsgiver ville kreve klar hjemmel i lov. I tillegg ville en slik finregning mellom arbeidstakere i oppsigelsesfare være lite praktisk gjennomførbart. Det ville også stride mot det verdisyn som fremholdes i Art. 6 I GG hvis en slik tolkning av oppsigelsesvernet resulterte i at arbeidsgiver ble nødt til å si opp en arbeidstaker grunnet dennes gunstige familiære forhold.

Som fjerde vurderingskriterium har lovgiver anført graden av *arbeidstakers arbeidsuførhet*. Dette har i teorien blitt ansett som overflødig da disse arbeidstakere fra før av nyter et utvidet stillingsvern<sup>29</sup>. Selv om det ikke kommenteres i forarbeidene, må det gås ut fra at det kun skal tas hensyn til arbeidsuførhet som er dokumentert etter § 69 SGB IX. Disse arbeidstakere kan i utgangspunktet kun tas med i et sosialt utvalg dersom de ansvarlige myndigheter har gitt sitt tilsagn, jf § 85 SGB IX. Hvilken vekt uførheten skal tillegges i

---

<sup>28</sup> Stahlhacke Rn.1104

<sup>29</sup> Stahlhacke Rn.1106a

oppsigelsesvurderingen avhenger av graden, typen og om den er et resultat av arbeidsforholdet eller ikke.

For å avgjøre hvilken arbeidstaker som er sosialt sterkest, og som dermed skal sies opp, må arbeidsgiver foreta en individuell vurdering av hver enkelt arbeidstaker med utgangspunkt i de fire kriteriene beskrevet ovenfor. Dette vanskeliggjøres imidlertid av at kriteriene retter seg mot forskjellige forhold og etter sin natur er inkommensurable størrelser. Dette, kombinert med ordlyden i § 1 III KSchG 1. punktum (tilstrekkelig / ausreichend), og praktiske hensyn, innrømmer arbeidsgiver et visst spillerom ved utvelgelsen. Spillerommet bør imidlertid tolkes snevert for ikke i for stor grad å uthule den beskyttelsestanke overfor svakere arbeidstakere bestemmelsen er satt til å ivareta. I rettspraksis er spillerommet imidlertid fastlagt slik at oppsigelsen vil være ugyldig der den oppsagte arbeidstaker har et ”tydelig større sosialt beskyttelsesbehov” enn de sammenliknbare arbeidstakere hvis arbeidsforhold består<sup>30</sup>. Dette vil si at bare en større forskjell i det sosiale beskyttelsesbehov vil føre til sosial urettferdighet.

#### *Unntak for arbeidstakere av spesiell betydning for bedriften*

Etter § 1 III KSchG 2. punktum gis arbeidsgiver anledning til å unnta fra det sosiale utvalg arbeidstakere bedriften har en berettiget interesse i å beholde, da særlig grunnet deres kunnskaper, deres evner, deres ytelsesnivå eller fordi de bidrar til å opprettholde en ønsket personalstruktur.

Bestemmelsen gjør et unntak fra prinsippet om det sosiale utvalg. Dens rekkevidde er omstridt og har vært gjenstand for flere lovendringer de siste år. Det er likevel enighet om at § 1 III 2. punktum KSchG må tolkes slik at dens karakter som unntaksbestemmelse fastholdes. Målet er å forhindre at arbeidsgiver gjennom bestemmelsen driver aktiv personalplanlegging.

---

<sup>30</sup> BAG 5.12.2002 AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr.59 punkt 43

Spørsmålet blir dermed når bedriften har en berettiget interesse i å unnta en arbeidstaker fra det sosiale utvalg. Dette er etter BAGs oppfatning tilfellet der arbeidstakers fortsettelse er nødvendig for en ordnet avvikling av bedriftens gjøremål, jf BAG 24.3.1983 AP § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 12 punkt B V 2d, som fortsatt må antas å være relevant selv om bestemmelsens ordlyd er endret siden den gang. Berettiget interesse for bedriften har også blitt formulert som at ”når de tilstrebede fordeler har en slik vekt, at de av den grunn rettferdiggjør å ikke la prinsippene bak det sosiale utvalg komme til anvendelse. Det må finne sted en objektiv interesseavveining, som ikke vil være avhengig av det sosiale beskyttelsesbehov til de konkurrerende arbeidstakere. Uvesentlige eller ikke aktuelle fordeler og vage formodninger om behov i fremtiden vil ikke være berettigede behov. Av denne grunn vil også rene nyttevurderinger ikke være tilstrekkelige”<sup>31</sup>.

En tommelfingerregel ved vurderingen kan være at hensynet til bedriften må være så tungtveiende at også en annen arbeidsgiver i samme situasjon ville anse en fortsettelse av arbeidsforholdet med den sosialt sterkere arbeidstaker som nødvendig.

#### *Konsekvenser av et feilaktig sosialt utvalg*

Et feilaktig sosialt utvalg gjør oppsigelsen sosialt urettferdig og dermed ugyldig, jf § 1 III 1. punktum KSchG.

Etter § 1 III 3 KSchG skal arbeidsgiver på forlangende forelegge arbeidstaker grunnlaget for det foretatte sosiale utvalg. Kravet omfatter navngiving av de arbeidstakere som var med i utvalget og deres sosiale data, målestokken anvendt ved avveiningen av dataene og eventuelle bedriftsinteresser som var inne i bildet. Overholder ikke arbeidsgiver opplysningsplikten vil ikke dette føre til at oppsigelsen blir uvirksom, men vil kunne gi arbeidstaker et erstatningskrav<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Bader, NZA 2004 på s.73 flg.

<sup>32</sup> Stahlhacke Rn.1148

Feilaktig sosialt utvalg vil foreligge når arbeidsgiver ikke har tatt alle arbeidstakere som skulle vært med i betraktning, unntatt arbeidstakere fra utvalget på feilaktig grunnlag eller overtrådt retningslinjer etter § 1 IV KSchG. I det siste tilfellet vil imidlertid arbeidstaker kun ha anledning til å påberope seg feilen der denne er å anse som en grovt feilaktig anvendelse av de avtalte retningslinjer.

Det er imidlertid ikke alle arbeidstakere som føler seg forbigått som vil ha noe å hente ved å påstå oppsigelsen ugyldig på grunnlag av feilaktig sosialt utvalg. Kun den sosialt svakeste, oppsagte arbeidstaker vil kunne nå frem med en påstand om at en sosialt sterkere arbeidstaker feilaktig ikke er oppsagt i dennes sted. Den sosialt nest svakeste skulle uansett blitt sagt opp før den sosialt svakeste, og vil derfor ikke kunne nå frem med mindre flere sosialt sterkere arbeidstakere på feilaktig grunnlag har forblitt i bedriften. Der vurderingen var vanskelig, slik at arbeidsgiver har gjort bruk av sitt spillerom ved oppsigelsesvurderingen, vil alle som er dekket av spillerommet måtte anses som omtrent sosialt likeverdige og derfor ha den samme interesse av og anledning til å gjøre påstand gjeldende.

### 3.3.5.3 Sammenlikning av sentrale tema

Selv om tysk lovgiver har gått lenger i å presisere vurderingstemaene, er likevel den reelle forskjell mellom norsk og tysk rett her liten. Ansiennitet er også etter norsk rett et sentralt tema, det samme vil arbeidstakers alder og eventuelle uførhet være. Selv om tysk rett knytter de sosialt hensyn opp mot arbeidstakers lovfestede underholdsforpliktelser, utgjør disse et så vidt spekter, jf § 1360 1. punktum BGB, at det blir lite forskjeller med tanke på hvilke sosiale hensyn som kan vektlegges.

Tysk lovgiver har imidlertid lagt til grunn at vilkårene angitt i § 1 III KSchG skal vektlegges som likeverdige, og at de i tillegg vil være uttømmende inntil de er tilstrekkelig hensyntatt. Det er i BT-Drucks. 15/1204 på side 11 anført at begrunnelsen for dette er å øke forutsigbarheten og dermed sikre partenes rettslige posisjon.

I norsk rett vil vilkårene ha en mer relativ vekt i forhold til hverandre. I Rt. 1986 s.879 fremhever førstvoterende på side 887 at det ved utvelgelsen er flere forhold som skal tillegges vekt, som ”kvalifikasjoner, alder, ansiennitet og også klare sosiale eller menneskelige hensyn”. Selv om arbeidstaker med lenger ansiennitet i den nevnte dommen i ett tilfelle ble forbigått kun begrunnet i sosiale og menneskelige hensyn, var det her kun tale om ca 2 års forskjell i ansiennitet. Det er vanskelig å tenke seg at sosiale hensyn vil tillegges avgjørende vekt ved større ansiennitetsforskjeller uten at særlige grunner skulle tilsi annet.

Spørsmålet blir dermed om hvilken metode som er best egnet til å finne riktig arbeidstaker for oppsigelse. Etter tysk rett er målet å finne den sosialt sterkeste oppsigelseskandidat. Norsk rett deler dette mål langt på vei, men ikke fullt ut ettersom både hensynet til ansiennitet og til kvalifikasjoner rommer liten plass for sosiale betraktninger. En sterk vekt på ansiennitet eller kvalifikasjoner gir en objektiv rettferdighet mellom arbeidstakerne, mens en jevnere vektlegging av de ulike momenter kan gi oppsigelser som for dem som rammes vil fremstå som vilkårlige og urettferdige.

Valg av fremgangsmåte er til sist et politisk spørsmål, men etter mitt skjønn har den tyske metode mye for seg. Større vektlegging av sosiale faktorer vil gi et mer inkluderende arbeidsliv som er et gode i seg selv.

### 3.3.6 Interesseavveiningen

Interesseavveiningen i tysk rett mellom arbeidsgiver og arbeidstaker ved oppsigelse grunnet bedriftens forhold er langt på vei foretatt av lovgiver gjennom kravet til tvingende bedriftsgrunn og etableringen av det sosiale utvalg. Den interesseavveining som står igjen er dermed avveiningen mellom arbeidstakerne internt i det sosiale utvalg. Denne er det redegjort for under punkt 3.3.5.2 ovenfor.

For norsk retts vedkommende skal det ved avgjørelsen om en oppsigelse grunnet bedriftens forhold er saklig foretas en "avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen måtte påføre den enkelte arbeidstaker", jf aml.2005 § 15-7(2) 2. punktum. Bestemmelsen er i forarbeidene anført å skulle "gi slagkraft i forhold til bedriftens økonomiske vurderinger". Bakgrunnen for endringen ved aml.1977 var departementets mening om at "domstolene hittil har lagt for stor vekt på arbeidsgiverens økonomiske interesser i slike saker, og at det derfor er nødvendig å ta større hensyn til de vanskeligheter arbeidstakerne og deres familier må bære for å skaffe arbeidsgiveren økonomisk gevinst." Det var imidlertid ikke meningen å utelukke rasjonalisering og bedriftsinnskrenkning som oppsigelsesgrunn, kun å foreta en vektforskyvning mot arbeidstakersiden<sup>33</sup>. Ut over dette gir ikke forarbeidene noen retningslinjer for vurderingen der tungtveiende hensyn gjør seg gjeldende hos begge parter.

På virksomhetssiden vil behovet for omlegging stå sentralt i vurderingen. Dette kan være mer eller mindre akutt. I en bedrift der omleggingen er en forutsetning for videre drift, vil hensynet til bedriften veie svært tungt, jf RG 1993 side 1025 på side 1035 der flertallet la til grunn at behovet for nedbemanning tatt i betraktning de problemer bedriften hadde, måtte gå foran de ulemper oppsigelsene ville påføre familien. Det samme syn er også kommet til uttrykk i Rt. 1986 s.879. På den annen side vil nedbemanning i rent profittøyemed måtte vurderes noe annerledes. Domstolene vil som regel være forsiktige med å overprøve de bedriftsøkonomiske analyser som ligger til grunn, men vil her ha anledning til å ilegge bedriften en større aktivitetsplikt med tanke på omplassering enn tilfellet vil være ved en helt nødvendig reduksjon av arbeidsstokken.

På arbeidstakersiden må det særlig tas hensyn til arbeidstakerens mulighet til å klare seg økonomisk etter oppsigelsen. Her vil det være relevant å trekke inn situasjonen på arbeidsmarkedet, noe som vil avhenge av bransjemessige og geografiske forhold samt alder og tjenestetid. Videre vil kompensasjon fra offentlige og private støtte- og

---

<sup>33</sup> Ot.prp.nr. 41 (1975-76) s.18.

pensjonsordninger måtte tas i betraktning. Også andre sosiale forhold vil kunne vektlegges, slik som ektefelles inntektsforhold, jf Rt. 1967 s.91.

Ved høy alder vil vanligvis utsiktene til å få seg nytt arbeid være små og nytten av omskolering vil gjerne være liten for begge parter. Imidlertid vil det her ofte foreligge muligheter for førtidspensjonering eller andre økonomiske støtteordninger. Ved dette punkt må tas i betraktning at arbeidet for mange arbeidstakere ikke kun vil være et spørsmål om inntekt, men også ha en verdi i seg selv, slik at pensjoneringsmomentet må brukes med varsomhet.

Det må også være anledning til å legge vekt på i hvilken grad arbeidstaker har innrettet seg etter sin stilling. Har arbeidstaker ansett sin stilling som meget trygg, og innrettet sitt privatliv deretter, bør dette kunne tillegges en viss vekt som sosialt hensyn. Tilsvarende der arbeidstaker har ansett sin stilling som utrygg og har hatt sikkerhetsnettet klart.

### 3.3.7 Bortfall av oppsigelsesgrunnlaget i ettertid

Skjæringspunktet for rettferdiggjøring og sakliggjøring av oppsigelsen er både for tysk og norsk rett når arbeidstaker mottar denne. Hvordan forholdene har utviklet seg i ettertid vil ikke være avgjørende, f.eks. at bedriften mottar et større oppdrag, eller at arbeidstaker i tiden etter oppsigelsen har sluttet å drikke.

Videre foretas som tidligere nevnt etter tysk rett prognoseberegningen med utgangspunkt i forholdene på oppsigelsestiden, noe som også må legges til grunn for fremtidsvurderingen under saklighetskravet i norsk rett. Viser denne seg å ikke slå til, f.eks. som følge av plutselig og uventet ordreinnang, rører heller ikke dette ved oppsigelsens gyldighet.

Der de endrede forhold viser seg før utløpet av oppsigelsestiden, har BAG lagt til grunn at en rett til fortsettelse av arbeidsforholdet vil kunne foreligge der arbeidsgiver ennå ikke har innrettet seg på virkningene av oppsigelsen, og en fortsettelse av arbeidsforholdet kan



gjennomføres uten urimelige ulemper<sup>34</sup>. En slik mangel på innrettelse vil imidlertid sjeldent være tilfelle der prognoser tidligere har vist at en restrukturering av arbeidsstokken har vært tvingende nødvendig. Bedriftens forhold kan endre seg også etter at oppsigelsesfristen er passert. Spørsmålet blir dermed i hvor lang tid etter oppsigelsen arbeidstaker kan gjøre krav gjeldende på å gjeninntre i arbeidsforholdet. BAG har her lagt til grunn at krav på gjeninntreden avskjæres ved utløpet av oppsigelsestiden<sup>35</sup>. Dette er begrunnet med hensynet til at partene må kunne innrette seg på den foreliggende situasjon med trygghet for at denne vil bestå. Eneste unntak her kan tenkes der arbeidsgivers opptreden har vært i strid med redelighet og god tro, f.eks. ved at rasjonaliseringstiltaket som begrunnet oppsigelsen skrinlegges umiddelbart etter oppsigelsesfristens utløp.

For norsk retts vedkommende reguleres disse spørsmål av fortrinnsretten til ny ansettelse etter aml.2005 § 14-2(1).

### 3.3.8 Fortrinnsrett til ny ansettelse

En fortrinnsrett til ny ansettelse som etter norsk arbeidsrett finnes ikke i tysk rett.

Arbeidstaker som er sagt opp grunnet virksomhetens forhold har fortrinnsrett til ny ansettelse i samme virksomhet, forutsatt at vedkommende er kvalifisert for stillingen, jf aml.2005 § 14-2. Oppsigelse grunnet arbeidstakers egne forhold kan ikke begrunne krav om fortrinnsrett til ny ansettelse. Bestemmelsen viderefører den tilsvarende bestemmelsen i aml.1977 § 67 med enkelte endringer, jf Ot.prp.nr 49 (2004-2005) på side 329.

Endringene består først og fremst i at det tidligere kravet om at oppsigelsen skulle grunne i ”arbeidsmangel” er endret til ”virksomhetens forhold”, slik at dette også vil omfatte tilfeller der arbeidstaker er oppsagt grunnet driftsinnskrenkninger og rasjonaliseringstiltak. Fra

---

<sup>34</sup> BAG 27.2.1997 EzA § 1 KSchG Wiedereinstellungsanspruch Nr.1 punkt II 4a

<sup>35</sup> BAG 6.8.1997 AP § 1 KSchG Wiedereinstellung Nr.2 punkt II 1c

departementets side ble det lagt til grunn at denne formuleringen ville være mer i tråd med lovens øvrige begrepsbruk, og gi en klarere avgrensning mot de tilfeller der arbeidstaker er sagt opp grunnet egne forhold<sup>36</sup>. Det tidligere kravet om at arbeidstakeren måtte være ”skikket” for stillingen er endret til at vedkommende må være ”kvalifisert” for stillingen, som ikke er ment å skulle innebære noen realitetsforskjell.

Fortrinnsretten er etter aml.2005 § 14-2(3) avhengig av at arbeidstaker har vært ansatt i virksomheten i til sammen minst 12 måneder i løpet av de siste to år. Det følger av ordlyden at tilsettingen ikke trenger å ha vært sammenhengende, så lenge minstetiden oppfylles. Etter forarbeidene omfatter tilsettingstiden også oppsigelsestiden frem til fratredelsestidspunktet<sup>37</sup>.

Fortrinnsretten gjelder også midlertidig ansatte, dog ikke vikar, så lenge minstetiden er oppfylt.

Fortrinnsretten gjelder fra oppsigelsestidspunktet og i ett år fra oppsigelsesfristens utløp. På denne måten vil fortrinnsrettens lengde variere med oppsigelsestidens lengde. Dette er forutsatt i forarbeidene og er også best i samsvar med hensynene bak prinsippet om forlenget oppsigelsestid på grunn av ansiennitet. Når fortrinnsretten gjelder fra oppsigelsestidspunktet unngår en de problemstillinger tysk rett står overfor når det skal vurderes om partene ved endrede forhold i oppsigelsestiden allerede i avskjærende grad har innrettet seg på situasjonen.

Kravet om at arbeidstaker skal være ”kvalifisert”, innebærer at denne må til å inneha de faglige og personlige kvalifikasjoner som er nødvendige for å bekle stillingen. I forbindelse med det gamle kravet om skikkethet ble det i juridisk teori diskutert om også personlige kvalifikasjoner ville være relevante ved vurderingen. Høyesterett la i Rt. 2003 s.1754 (avsn.25 flg.) til grunn at dette måtte være tilfelle. Dette er også lagt til grunn i

---

<sup>36</sup> Ot.prp.nr 49 (2004-2005) s.224

<sup>37</sup> Ot.prp.nr 50 (1993-94) s.203 og s.240

forarbeidene<sup>38</sup>. Arbeidstaker kan ikke kreve noen form for opplæring av arbeidsgiver annet enn det som følger med stillingen vanligvis.

I tilfelle av at flere fortrinnsberettigede til et mindre antall stillinger følger det av aml.2005 § 14-2(6) at utvelgelsen må ta utgangspunkt i fremgangsmåten ved oppsigelse grunnet driftsinnskrenkninger eller rasjonalisering. Dette innebærer at arbeidsgiver ikke kan snu rekkefølgen på listen over oppsagte ved oppbemanningen. Det presiseres i forarbeidene at det er forholdene på tidspunktet for nyansettelse, og ikke oppsigelsestidspunktet, som skal legges til grunn ved vurdering av den innbyrdes prioritering mellom flere fortrinnsberettigede<sup>39</sup>. Konsekvensen av dette vil kunne være at den individuelle saklighetsvurderingen ved arbeidsgivers valg mellom flere fortrinnsberettigede vil falle forskjellig ut på henholdsvis oppsigelsestidspunktet og tidspunktet for oppbemanningen.

I Ot.prp.nr 50 (1993-1994) presiseres det på side 203 at det ved valget mellom flere fortrinnsberettigede ikke legges opp til en ren ansiennitetsvurdering. Ansiennitet vil bare være ett av flere momenter i en saklighetsvurdering. Blant annet vil virksomhetens behov være et relevant moment. I og med at arbeidstakers sosiale forhold stadig vinner terreng i saklighetsvurderingen, vil det også her være anledning til å vektlegge slike forhold.

### 3.3.9 Arbeidstakers krav på økonomisk kompensasjon

Sentrale arbeidervernhensyn kan tale for at arbeidstaker som blir rasjonalisert bort i profittøymed skulle blitt økonomisk kompensert av bedriften. Kompensasjonssynspunktet vil gjøre seg enda sterkere gjeldende etter tysk rett i og med at det her ikke foretas noen direkte avveining mellom virksomhetens og arbeidstakerens forhold. Den begrensede

---

<sup>38</sup> Ot.prp.nr 49 (2004-2005) s.224

<sup>39</sup> Ot.prp.nr 49 (2004-2005) s.224

anvendelse av prinsippet om interesseavveining ved bedriftsbegrunnet oppsigelse etter tysk rett tilsier at arbeidstakers interesse i stor grad må vike.

Det er imidlertid verken i norsk rett eller etter KSchG lagt opp til noen form for kompensasjon. Dette viser viktigheten i tysk rett av å skille mellom en bedriftsendring etter §§ 111 flg. BetrVG og oppsigelse av tvingende bedriftsgrunner etter § 1 KSchG. Ved en bedriftsendring skal følgene av tiltaket utjevnes via en sosialplan, mens arbeidstaker må bære følgene alene ved oppsigelse av tvingende bedriftsgrunner.

Med virkning fra 1.1.2004 er imidlertid arbeidstaker etter § 1a KSchG gitt et krav på kompensasjon ved oppsigelse grunnet bedriftens forhold. Dette er ikke en kompensasjonsbestemmelse som nevnt ovenfor, men snarere en belønning for å godta en oppsigelse, tilknyttet en rekke forutsetninger.

På arbeidsgiversiden må det for det første foreligge en tvingende bedriftsgrunn. For det andre må arbeidsgiver i oppsigelsen ha anført at arbeidstaker kan gjøre krav på lovens kompensasjon dersom oppsigelsen ikke bringes inn for domstolene etter § 4 KSchG. Til sist må arbeidstaker velge å tiltrå denne løsningen.

Nøakternt sett tilføyer ikke denne bestemmelsen oppsigelsesvernet noe annet enn det som alltid har vært mulig for partene, nemlig å skilles i minnelighet og enes om en kompensasjon etter avtalerettens alminnelige regler, jf §§ 145 flg. BGB.

Også bestemmelsens praktiske effekt er usikker. Lovgivers mål med bestemmelsen var bl.a. å lette nyansettelser, og å oppnå mindre belastning på domstolssystemet gjennom en billig og enkel prosess som tidlig ville skape klarhet i forholdet mellom partene<sup>40</sup>. Om § 1a KSchG vil utgjøre et incitament for arbeidsgivere til å foreta ansettelser er tvilsomt, fordi arbeidsgiver ved ansettelsen ikke vil vite om arbeidstaker i en oppsigelsessituasjon vil akseptere den minnelige løsning. Det vil neppe være anledning for partene ved ansettelsen

---

<sup>40</sup> BT-Drucks-15/1204 s.9

å avtale at arbeidstaker ved en oppsigelse skal frafalle søksmålsretten til fordel for den lovfestede kompensasjon. Dette følger både av bestemmelsens ordlyd, men også av hensynet til styrkeforholdet mellom partene. Det vil også kunne være i arbeidstakers interesse å gi tilbudet på båten og satse på å oppnå en høyere kompensasjon gjennom rettssystemet.

I § 1a II KSchG har lovgiver standardisert den godtgjørelse arbeidstaker vil ha krav på. Hvordan praksis vil oppfatte størrelsen på godtgjørelsen vil bety mye for bestemmelsens gjennomslagskraft. Først dersom den erstatning man kan anta å oppnå i retten og den lovbestemte godtgjørelse vil være noenlunde tilsvarende, vil bestemmelsen kunne oppnå sitt mål om merkbart å redusere bruken av domstolene i oppsigelsestvister.

### 3.4 Oppsigelse grunnet forhold på arbeidstakersiden

#### 3.4.1 Innledning

Også grunnlag i forhold på arbeidstakersiden kan gjøre oppsigelsen saklig og sosialt rettferdig, jf § 1 II 1. punktum KSchG og aml.2005 § 15-7(1). Tysk arbeidsrett skiller mellom oppsigelse grunnet arbeidstakers forhold (oppsigelse grunnet arbeidstakers handlinger osv.), og oppsigelse grunnet arbeidstakers person, (arbeidstakers sykdom osv). For å forenkle sammenlikningen mellom norsk og tysk rett vil jeg legge systematikken etter tysk rett til grunn i det videre. Der det er nødvendig for sammenlikningen vil oppsigelse grunnet arbeidstakers forhold og oppsigelse grunnet arbeidstakers person bli behandlet under samlebegrepet oppsigelse grunnet forhold på arbeidstakersiden.

Oppsigelse grunnet forhold på arbeidstakersiden vil særlig være aktuelt ved arbeidstakers forsømmelser i tjenesten f.eks. ved mangelfull arbeidsprestasjon, illojalitet, arbeidstaker som gjentatte ganger uteblir fra arbeidet uten gyldig fraværsgrunn, eller andre brudd på arbeidsplikten. For begge rettssystemer gjelder at kontraktsbruddet minimum må utgjøre

brudd på en sekundærforpliktelse for å kunne tjene som oppsigelsesgrunnlag. Dette vil likevel være betinget av at sekundærforpliktelsen ikke er urimelig byrdefull for arbeidstaker.

For å fastlegge hva som er arbeidstakers plikter må arbeidsavtalen tolkes i lys av lov og tariffregler, i tillegg til at ulovfestede prinsipper og kutyme på det enkelte fagområdet kan måtte tas i betraktning. Rt. 1964 s.1345, der en jordmor fikk medhold i at hun ikke var forpliktet til å utføre assistentsøstertjeneste etter at arbeidsplassen ble lagt om, viser for norsk retts vedkommende at fastleggelsen av arbeidstakers arbeidsplikt kan være vanskelig. Videre er det for norsk retts vedkommende i rettspraksis slått fast at det ved tolkning og utfylling av arbeidsavtalen også må legges vekt på hva som finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen, jf Rt. 2000 s.1602 på side 1609.

Hva som skal oppfattes som et kontraktsbrudd avgjøres ikke av arbeidsgivers subjektive oppfatning, men av hvordan en tredjeperson ville bedømt forholdet. Det skal således legges en objektiv målestokk til grunn. Dette utgangspunktet må antas å gjelde for begge rettssystemer.

Et viktig utgangspunkt for saklighetsvurderingen etter begge rettssystemer er at oppsigelsen kan ha saklig grunn / være sosialt rettferdig selv om arbeidstaker subjektivt ikke er å bebreide. For tysk retts skyld kan dette illustreres ved arbeidstakers sykdom. Da oppsigelse med dette grunnlaget i utgangspunktet ikke vil ha saklig grunn, jf aml.2005 § 15-8, vil et bedre eksempel for norsk retts vedkommende være arbeidstakeren som gjør så godt han kan, men fortsatt utfører arbeidet for dårlig, forutsatt at det er gitt tilstrekkelig opplæring, instruksjon og oppfølging.

#### 3.4.1.1 Kravet til oppsigelsen som ultima ratio

Oppsigelse grunnet forhold på arbeidstakersiden er etter tysk rett kun mulig der arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad kan ivareta bedriftens interesser på annen måte, jf

prinsippet om oppsigelsen som ultima ratio. Norsk rett har som tidligere nevnt ikke noe eget prinsipp som innebærer et slikt krav, men dette kan utledes av kravet til oppsigelsen som forholdsmessig reaksjon. Forholdsmessighetsvurderingen vil som i tysk rett innebære at dersom mildere tiltak ikke vil være tilstrekkelig til å ivareta bedriftens interesser, vil oppsigelse kunne godtas.

Etter § 1 II 2. og 3.punktum KSchG kan en oppsigelse grunnet forhold på arbeidstakersiden videre være ugyldig dersom det foreligger mulighet for omplassering innen bedriften. En slik generell omplasseringsplikt finnes ikke etter norsk rett, jf punkt 3.2.2 ovenfor. Også ved en omplassering må det tas hensyn til grunnlaget for oppsigelsen. Det forhold som søkes korrigert må være forenelig med det vurderte, mildere tiltak. Det hjelper lite om en pleier som notorisk stjeler fra pasientene blir omplassert til kjøkkenet, hvis vedkommende fortsetter sin kriminelle aktivitet der.

#### 3.4.1.2 Kravet til negativ prognose

En oppsigelse grunnet forhold på arbeidstakersiden betraktes i tysk rett som en fremtidsrettet sanksjon for å forhindre ytterligere kontraktsbrudd. Derfor vil det også her være avgjørende om det kan stilles opp en negativ prognose for fremtidig utvikling i arbeidsforholdet. Norsk rett anerkjenner gjentakelsessynspunktet, slik at også begrunnede betraktninger om arbeidsgivers fremtidige forhold vil være del av saklighetsgrunnlaget for oppsigelsen. Likevel legger norsk rett etter mitt skjønn større vekt på oppsigelsen som reaksjon på et uholdbart forhold. Oppsigelsesreglene i norsk rett bygger her på at arbeidsforholdet avsluttes fordi arbeidstakeren har misligholdt sine plikter etter arbeidsavtalen<sup>41</sup>.

Tysk rett anerkjenner imidlertid at en prognose rent ut basert på mer eller mindre begrunnede betraktninger om gjentakelsesrisiko lett vil kunne bli ren spekulasjon. For å

---

<sup>41</sup> Holo s.638

forhindre dette må arbeidsgiver når prognosen skal stilles ta utgangspunkt i det aktuelle kontraktsbrudds grovhet og karakter. Et forsettelig overtramp på et sentralt område av arbeidsforpliktelsen, eventuelt opp mot grensen for avskjed, vil lettere gi støtte til en negativ prognose. Dermed kan man si at reaksjonssynspunktet gis innpass i tysk rett ved grovere overtramp, slik at kravet til negativ prognose relativiseres i forhold til kontraktsbruddets betydning for arbeidsgiver.

Har arbeidstaker tidligere mottatt en advarsel for et noenlunde tilsvarende forhold, men fortsetter sin kontraktsstridige fremferd, vil dette rettferdiggjøre en negativ prognose. Når arbeidstaker på denne måten er blitt underrettet om arbeidsgivers syn på kontraktsbruddet, vil en ny overtredelse av liknende karakter gi en rimelig klar pekepinn om hva som kan forventes i fremtiden. Betydningen av advarsler i norsk og tysk rett kommes det tilbake til nedenfor.

#### 3.4.1.3 Interesseavveiningen

Selv om tysk rett avstår fra en interesseavveining inter partes ved oppsigelse grunnet bedriftens forhold, følger det, i likhet med norsk rett, at det ved oppsigelse grunnet forhold på arbeidstakersiden skal foretas en vurdering mellom arbeidstakers og arbeidsgivers behov og interesser.

Generelt gjelder at tysk lovgiver ved interesseavveiningen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker ikke har lagt like mange føringer på vurderingen som ved vurderingen mellom arbeidstakerne innad i det sosiale utvalg. Dette gir at vurderingen i større grad er overlatt domstolene. Dette vil også være tilfelle i norsk rett. Videre gjelder for begge systemer at subjektive rimelighetsmomenter som at oppsigelse vil ramme arbeidstakeren hardt, vil få mindre vekt når oppsigelse skyldes arbeidstakers eget forhold, enn hvor oppsigelse er en følge av driftsinnskrenkning, rasjonaliseringstiltak osv.



Det er et grunnleggende krav både i norsk og tysk rett at de forhold som påberopes kan føres tilbake til den aktuelle arbeidstakeren. I tillegg må forholdene være av betydning for bedriften, hvilket innebærer at bedriften må ha en klar og saklig interesse grunnet kontraktsbruddet til å bringe arbeidsforholdet til opphør. Dette vil kunne foreligge der arbeidstakers videre engasjement vil kunne medføre en dokumenterbar fare for tap eller skade for bedriften<sup>42</sup>. Videre må arbeidsgiver ikke handle ut fra subjektivt klanderverdige motiver, og de påberopte grunnlag må heller ikke objektivt sett være utenforliggende.

Interesseavveiningen blir for begge rettssystemers del å foreta på bakgrunn av arbeidskontrakten og saksforholdet. Det må tas hensyn til hvilken plikt etter kontrakten som er misligholdt, og i hvilken grad dette har gått ut over bedriften. Som ved oppsigelse uansett grunnlag vil ansienniteten måtte tillegges vekt, men her kun den tid arbeidstaker har ytt kontraktsmessig. Tysk rett forlanger ikke at misligholdet har ført til konkrete forstyrrelser i driften, men eventuelle forstyrrelser vil være et tungtveiende argument på arbeidsgiversiden<sup>43</sup>. Det samme må kunne legges til grunn i norsk arbeidsrett.

Etter tysk rett ligger det i det sosiale utvalgs natur at det ikke skal foretas noe tilsvarende ved oppsigelse grunnet forhold på arbeidstakersiden. Arbeidstakers sosiale forpliktelser vil dermed ha meget liten plass ved interesseavveiningen, og arbeidstakers alder slett ingen, da disse forholdene ikke vil ha noen sammenheng med arbeidstakers kontraktsbrudd. Norsk rett levner heller ikke arbeidstakers sosiale forhold særlig plass i interesseavveiningen ved oppsigelse grunnet forhold på arbeidstakersiden. Forholdene skal kunne tilbakeføres til arbeidstakeren, og dette innebærer som et utgangspunktet at forhold som knytter seg til ektefelle og øvrig familie ikke vil være relevante.

Å avskjære sosiale hensyn kan i utgangspunktet virke meget hardt. Her må det imidlertid pekes på at arbeidstakers sosiale hensyn vil være relevante ved bedriftsbetinget oppsigelse fordi arbeidstaker her vil være uforskyldt i situasjonen. Holder en seg til den tyske

---

<sup>42</sup> Fanebust s.66 og s.67

<sup>43</sup> Stahlhacke Rn.1185

terminologien vil dette nettopp ikke være tilfellet ved oppsigelse grunnet arbeidstakers forhold. Her vil oppsigelsen i større eller mindre grad være begrunnet i arbeidstakers skyld. Ved oppsigelse grunnet forhold ved arbeidstakers person kommer skyldmomentet igjen i bakgrunnen, fordi det her i stor grad vil være subjektivt umulig for arbeidstaker å erlegge kontraktsmessig ytelse. Det ville imidlertid innebære å ilegge arbeidsgiver en urimelig byrde dersom denne kun begrunnet i tungtveiende sosiale forhold skulle være forhindret fra å si opp arbeidstaker ute av stand til å oppfylle sin arbeidsforpliktelse.

Likevel bør det for norsk retts vedkommende etter mitt skjønn være adgang til å vektlegge sosiale hensyn i noe større grad enn etter tysk rett. Tysk lovgiver har i § 1 III 1. punktum KSchG uttrykkelig gjort sosiale hensyn til en viktig del av vurderingen ved oppsigelse grunnet bedriftens forhold. Dette har samme lovgiver ikke gjort for oppsigelse grunnet forhold på arbeidstakersiden. Det følger da av en antitetisk lovtolkning at det vil bli vanskelig å vektlegge sosiale forhold ved vurderingen om en oppsigelse grunnet forhold på arbeidstakersiden er sosialt rettferdig. Norsk lovgiver har i langt mindre grad presisert i hvilke sammenhenger det kan legges vekt på sosiale hensyn, slik at vurderingen i større grad er overlatt domstolene. Etter mitt skjønn taler gode grunner for at det i tilfeller der arbeidstakers skyld er liten i en viss grad bør kunne legges vekt på sosiale forhold, likevel ikke slik at sosiale hensyn alene kan velte en ellers begrunnet oppsigelse.

I det videre legges systematikken etter tysk rett til grunn. Først drøftes oppsigelse grunnet arbeidstakers forhold og deretter oppsigelse grunnet arbeidstakers person.

### 3.4.2 Oppsigelse grunnet arbeidstakers forhold

Oppsigelse grunnet arbeidstakers forhold vil først og fremst være aktuelt ved ulike kontraktsbrudd fra arbeidstakers side, f.eks. manglende overholdelse av arbeidstiden. Det må for begge rettssystemer i alminnelighet legges til grunn at overtredelsene må ha skjedd enten uaktsomt eller med forsett. Skyldgraden vil både være av betydning for interesseavveiningen mellom partene og for prognosevurderingen. Det vil være lettere å

begrunne en negativ fremtidsutvikling ved forsettelige og grove kontraktsbrudd. Hva som skal oppfattes som et kontraktsbrudd avgjøres etter en objektiv målestokk, ikke av arbeidsgivers subjektive oppfatning.

Arbeidsgiver har etter begge rettssystemer anledning til å kumulere nyere og tidligere forhold. Forutsetningen er at de tidligere forhold er av likeartet karakter, har en viss sammenheng med det aktuelle oppsigelsesgrunnlaget og at det gjøres unntak for relativt gamle forhold<sup>44</sup>. Det vil si at eldre forhold som i utgangspunktet tidligere er avgjort, kan inngå som del av helhetsvurderingen bak oppsigelsen, jf for norsk rett Rt. 1999 s.163 og Rt. 1963 s.1013.

Har arbeidstaker tross advarsler begått gjentatte kontraktsbrudd, kommer i tysk rett formelt kun det siste i betraktning som oppsigelsesgrunn. Arbeidsgiver avstår gjennom advarslene fra å bruke tilfellet som grunnlag for oppsigelse, med mindre nye forhold kommer til. De forutgående grunnlag kan likevel tjene til å begrunne en negativ prognose. Rammene for hva som er likeartede kontraktsbrudd må ikke trekkes for snevert, avgjørende er om arbeidsgiver fra de enkelte kontraktbrudd samlet sett kan forsvare en oppsigelsesrelevant upålitelighet.

#### 3.4.2.1 Oppsigelse grunnet arbeidstakers fravær

Det må her sondres mot fravær som skyldes forhold ved arbeidstakers person, f.eks. sykdom, som vil bli behandlet nedenfor.

Når det gjelder arbeidstakers oppsigelse på grunnlag av fravær, må det skilles mellom fravær som er hjemlet i lov eller tariffavtale, og fravær som ikke er det. Førstnevnte vil ikke utgjøre saklig grunn for oppsigelse, jf bl.a. aml.2005 § 15-10 og § 9 I MuSchG. Sistnevnte vil som regel utgjøre saklig grunnlag, avhengig av fraværshyppigheten og

---

<sup>44</sup> Jakhell n s.375

fraværsperiodens lengde. Arbeidsforholdet må imidlertid her ses under ett, slik at enkelte sporadiske forsovelser er uvesentlige. Selv der fraværsgrunnen er legitim, men arbeidstaker uteblir uten å varsle arbeidsgiver, kan dette utgjøre saklig grunn / tilstrekkelig sosial rettferdighet for oppsigelse.

Fravær som ikke har hjemmel i lov eller tariffavtale kan måtte aksepteres ut fra rene rimelighetsbetraktninger etter en konkret vurdering. I norsk rett er det lagt til grunn at arbeidsplikten viker for ”uoppsettelige eller viktige plikter, eller når hensynet til store personlige interesser krever det”<sup>45</sup>. Dette kan også begrunnes i arbeidsavtalen som et sett normalforutsetninger der arbeidsplikten kan suspenderes ved visse uventede situasjoner, f.eks. sykdom i familien. Selv om tysk rett ved oppsigelse grunnet arbeidstakers forhold har lite rom for sosiale betraktninger, er interesseavveiningen her i større grad overlatt domstolene slik at et godt begrunnet rimelighetshensyn vil kunne tillegges vekt.

#### 3.4.2.2 Oppsigelse grunnet ordrenekt

Dette vil særlig være aktuelt der arbeidsgiver ønsker utført overtidarbeid. Bruken av arbeidstid er regulert i aml.2005 § 10-6(10). Her fremgår det at arbeidstaker har rett til å bli fritatt fra å utføre overtidarbeid når vedkommende arbeidstaker av helsemessige eller vektige sosiale grunner ber om det, og ellers også når arbeidet uten skade kan utsettes eller utføres av andre. Bestemmelsen tilsvarer i all hovedsak den tidligere bestemmelsen i aml.1977 § 49 nr. 2. Formuleringen ”andre personlige grunner” er tatt ut uten at dette er ment å skulle innebære noen realitetsforskjell, jf. Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) side 319 (under ”Åttende ledd”).

Som ”vektige sosiale grunner” nevner forarbeidene som eksempler pass av mindre barn og deltakelse i større familiebegivenheter, jf Ot.prp.nr. 41 (1975-76) side 66. Selv om alternativet ”andre personlige grunner” er tatt ut av bestemmelsen, vil fortsatt en situasjon

---

<sup>45</sup> Fanebust s.198 og s.199.

der arbeidstaker har disponert sin fritid til gjøremål som vanskelig kan utsettes, eventuelt ikke utsettes uten uforholdsmessige omkostninger eller ulemper, kunne diskvalifisere som saklig grunn. Eksempel her kan være avgjørelsen inntatt i ARD 1959 side 227 der en arbeidstaker som nektet overtidsarbeid grunnet lenge planlagt og organisert arbeid på hytta fikk medhold i at det varsel han hadde fått fra arbeidsgiver var urettmessig.

For den tyske arbeidstaker finnes ingen generelle lovbestemmelser om overtid. ArbZG regulerer kun arbeidstidens normale lengde. Dette innebærer at arbeidsgiver må ha overtidshjemmel enten i tariffavtale, arbeidsavtale eller bedriftsoverenskomst. Selv om slikt grunnlag skulle foreligge er ikke arbeidstaker forpliktet til å utføre overtidsarbeidet i et hvert tilfelle. Det må foretas en interesseavveining med vekt på at overtid er en sideforpliktelse som utvider arbeidsplikten. Har arbeidstakeren tidligere hyppig arbeidet overtid vil dette tale i dennes favør.

Arbeidstakere har rett til å nekte å utføre arbeid som er kan medføre fare for liv og helse, jf aml.2005 § 2-3 litra c. Tysk rett har ingen tilsvarende bestemmelse, men utleder samme rett for arbeidstaker av de generelle begrensningene i arbeidsgiver styringsrett<sup>46</sup>. Det må likevel etter begge rettssystemer gjøres unntak for arbeidstakere hvis arbeidsoppgaver i en viss utstrekning nødvendigvis vil innebære enkelte former for fare, f.eks. for ansatte i politiet, forsvaret og brannvesenet. Så lenge arbeidet ligger innenfor den vanlige faregrad som må forbindes med arbeidet, er arbeidstakerne her bundet av sin arbeidsplikt. Dette gjelder uavhengig av om det dreier seg om latent fare eller akutte situasjoner, jf for norsk rett Rt. 1989 s.329 der en polititjenestemann ikke fikk medhold i at nektelsen av å delta i ettersøkningen av bevæpnede bankranere i skogsterreng nattestid var berettiget.

En arbeidstaker kan ikke etter norsk rett nekte å utføre de pålagte arbeidsoppgaver grunnet religiøs overbevisning, samfunnssyn og lignende. En dyreverner ansatt ved et trykkeri kan ikke nekte å trykke reklamemateriell for en leverandør av jaktvåpen. Likedan kan ikke en embetsmann grunnet sin samvittighet helt eller delvis nekte å utføre sine embetsplikter, jf

---

<sup>46</sup> Stahlhacke Rn.631

Rt. 1983 s.1004. Tysk rett ser dette igjen fra synsvinkelen arbeidsgivers styringsrett. Gjennom denne pålegges arbeidsgiver så langt som mulig å tilrettelegge arbeidet slik at samvittighetskonflikter unngås. Er dette ikke mulig, og arbeidstaker nekter å utføre det pålagte arbeid, kan arbeidsgiver gå til oppsigelse grunnet forhold ved arbeidstakers person<sup>47</sup>.

På enkelte omstridte samfunnsområder kan unntak fra arbeidsplikten også tenkes, jf for norsk retts vedkommende helsepersonells rett til ikke å delta ved svangerskapsavbrudd.

#### 3.4.2.3 Oppsigelse grunnet andre forhold

For begge systemer gjelder her at overtredelsene må ha vært av mer enn bagatellmessig art. I tillegg vil en feil begått med vilje være langt mer graverende enn en feil begått ved vanlig uaktsomhet.

At arbeidstaker opptrer uhederlig overfor arbeidsgiver, eller forsøker å sko seg på dennes bekostning kan etter forholdene utgjøre saklig grunn til og sosial rettferdiggjøring av oppsigelsen. Eksempel her kan være arbeidsgivere som stiller billige hybler til arbeidstakers disposisjon under forutsetning av at arbeidstaker ikke har egen bolig, og arbeidstaker benytter seg av tilbudet samtidig som denne leier ut egen leilighet med fortjeneste.

Videre kan det at arbeidstaker ikke overholder gjeldende kontrollrutiner, f.eks. slakteriansatt som gjentatte ganger ikke vasker seg på hendene etter toalettbesøk, eller som bryter taushetsplikt ikke regne med å bli hørt med at oppsigelsen ikke er saklig eller sosialt rettferdig. Også arbeidstaker som på annen måte opptrer slik at det nødvendige tillitsforhold mellom partene forsvinner vil etter begge rettssystemer gyldig kunne sies opp, jf for norsk retts vedkommende Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2003 s.1702 der flyger som

---

<sup>47</sup> Stahlhacke Rn.634

under flygning mellom Alta og Tromsø avvek fra ordinær rute ble ansett degradert (oppsagt) med saklig grunn.

Både etter tysk og norsk rett gjelder at også arbeidstakers forhold utenfor tjenesten under visse forutsetninger kan utgjøre grunnlag for oppsigelse, f.eks. hvis stillingen krever særlig grad av skikkethet<sup>48</sup>.

### 3.4.3 Oppsigelse grunnet arbeidstakers person

Etter § 1 II 1.punktum KSchG kan en oppsigelse også være sosialt rettferdig med grunnlag i arbeidstakers person. Slike grunner vil være alle omstendigheter som springer ut av arbeidstakers personsfære, f.eks. sykdom. Disse tilfellene er kjennetegnet av at arbeidstaker etter sine personlige forutsetninger ikke er i stand til helt eller delvis å erlegge den avtalte ytelse, slik at det oppstår en ubalanse i kontraktsforholdet.

Oppsigelse grunnet arbeidstakers person forutsetter ikke at arbeidstaker er skyld i den manglende oppfyllelse, og er således objektiv. Av dette slutter tysk rett at det ikke vil være nødvendig med en advarsel før oppsigelse fattes, da arbeidstaker bare i meget begrenset omfang vil kunne endre situasjonen.

For at arbeidstakers ytelsesreduksjon skal komme i betraktning legger tysk rett til grunn at den må være av nokså vesentlig karakter og til en viss grad vedvarende. I praksis har tysk rett ansett en ytelsesreduksjon med 1/3 under det forventede nivå som tilstrekkelig<sup>49</sup>. Det må også legges til grunn i norsk rett at en bedrift ikke uten videre kan gå til oppsigelse selv om arbeidstakeren ikke presterer i henhold til avtalt nivå. Arbeidstaker kan ikke sies opp grunnet feil i arbeidet så lenge feilprosenten ikke er uvanlig og de enkelte forhold ikke er spesielt alvorlige<sup>50</sup>. Også Rt. 1987 s.562 er her illustrerende.

---

<sup>48</sup> Stahlhacke Rn.697 og Jakhell s.373

<sup>49</sup> Stahlhacke Rn.1189 (s.481)

<sup>50</sup> Fanebust s.258

#### 3.4.3.1 Anvendelsen av prinsippene

Ved vurderingen om oppsigelsen er saklig eller sosialt rettferdig må det bl.a. tas hensyn til i hvilken grad oppsigelsesgrunnlaget er under arbeidstakers kontroll, f.eks. der arbeidstaker begår en straffbar handling og må sone for dette, eller om forholdet er av mer tilfeldig karakter, f.eks. sykdom. Det må også tas hensyn til om ubalansen i kontraktsforholdet er av forbigående eller mer varig karakter.

For det første vil ikke oppsigelse grunnet arbeidstakers person være sosialt rettferdig dersom forholdet ikke i betydelig grad influerer bedriftens forhold. Det samme må legges til grunn etter norsk rett. Subjektiv umulighet begrunner ikke automatisk oppsigelse. Tysk rett har lagt til grunn som avgjørende at det kan vises til konkrete problemer for bedriften grunnet forholdene ved arbeidstakers person<sup>51</sup>.

Videre anser tysk rett formålet med en personbetinget oppsigelse ikke å sanksjonere arbeidstaker, men å beskytte arbeidsgiver mot fremtidige urimelige belastninger. Derfor må det stilles store krav til en negativ prognose. Også i norsk rett vil fremtidsutsiktene her være viktige, f.eks. i hvilken grad arbeidstaker kan forventes i fremtiden å prestere i henhold til arbeidskontrakten.

For det tredje skal oppsigelsen etter tysk rett som alltid være ultima ratio, slik at oppsigelse ikke vil være mulig der arbeidsgiver ved omplassering eller andre, mildere tiltak kan gjenopprette likevekten i kontraktsforholdet. Ved sykdomsbegrunnet oppsigelse vil særlig omplassering, eventuelt omskolering til annet og mer egnet arbeid være aktuelt. Rimelighetsvurderingen ved saklighetskravet overlapper for norsk rett langt på vei dette.

---

<sup>51</sup> Stahlhacke Rr.1193



Både i tysk og norsk rett må det stilles strenge krav til interesseavveiningen. Vurderingen etter de to systemer vil her langt på vei være sammenfallende, og det er fra lovgiverne kun i liten grad lagt føringer for vurderingen. Det skal legges en konkret helhetsvurdering på bakgrunn av arbeidsforholdet til grunn. Oppsigelsen vil dermed bare være sosialt rettferdiggjort og saklig begrunnet der forholdet ved arbeidstakers person, under hensyntagende til dennes beskyttelsesbehov, utgjør en slik ulempe for bedriften at det vil være rimelig å la det gå ut over arbeidstaker. Det må ved vurderingen tas hensyn til bakgrunnen for det oppståtte problem, arbeidstakers ansiennitet og forløpet av arbeidsforholdet hittil. Jo lenger arbeidsforholdet har bestått uten problemer, jo større må ulempene for bedriften være for at vurderingen kan slå ut til gunst for arbeidsgiver. Det samme gjelder der det oppståtte problem har sitt utspring i forhold ved driften. Omvendt vil arbeidstakers selvforskyldte forhold lettere kunne føre til at oppsigelse anses for rimelig.

Det finnes en rekke årsaker til at arbeidstaker kan vurderes oppsagt grunnet forhold ved dennes person. Av plasshensyn vil jeg kun ta for meg tilfeller der arbeidstakers sykdom gjør det aktuelt med en oppsigelse. I motsetning til aml.2005 § 5-8 opererer ikke tysk rett med noe spesielt oppsigelsesvern ved sykdom, slik at problemstillingen må antas oftere å dukke opp i tysk rett, og at den nødvendigvis må være mer nyansert. Disse forhold gjør at det i det videre ensidig vil bli gjort rede for rettstilstanden i tysk rett. Drøftelsen vil imidlertid være egnet til å belyse standarden ”saklig grunn” slik den ville fremstått uten særskilt oppsigelsesvern ved sykdom.

#### 3.4.3.2 Oppsigelse grunnet arbeidstaker sykdom

Ved oppsigelse grunnet arbeidstakers sykdom kan en etter tysk rett legge to sikre utgangspunkt til grunn. For det første blir oppsigelsen ikke ugyldig selv om den er en ren konsekvens av arbeidstakers sykdom. For det andre vil en sykdomsbegrunnet oppsigelse være sosialt rettferdig når en vedvarende uskikkethet til å erlegge den avtale arbeidsytelse er inntrådt, og alternativt arbeid ikke er å finne i bedriften.

Tysk rett skiller i praksis mellom fire typer sykdomsbaserte oppsigelsesgrunnlag. Ved *lengre tids sykdom* vil oppsigelsen basere seg på usikkerhetsmomentene når og om arbeidstaker kommer tilbake til arbeidet. Dette må atskilles fra *varig arbeidsuførhet*, der det står klart at arbeidstaker grunnet sykdommen ikke lenger vil være i stand til å yte etter arbeidsavtalen. *Sykdomsbegrunnet ytelsesforringelse* foreligger der arbeidsgiver ikke lenger vil være i stand til å yte fullstendig i henhold til arbeidsavtalen. Ved *gjentatte, kortere sykefravær* blir spørsmålene om belastningen for bedriften og hvorvidt en kan regne med at slik sykdom også vil foreligge i fremtiden, avgjørende i oppsigelsesvurderingen.

Generelt ved sykdomsbegrunnet oppsigelse gjelder at sykdommen må føre til betraktelige innvirkninger på bedriften, f.eks. via produksjonsforstyrrelser eller økte lønnstubetalinger. En slik betraktelig innvirkning antas også å foreligge der arbeidsgiver over lengre tid blir forhindret i å utøve sin styringsrett<sup>52</sup>. Som ellers gjelder videre at sykdomsforløpet må begrunne en negativ prognose, at andre og mildere tiltak ikke vil være tilstrekkelige og at en interesseavveining mellom partene favoriserer arbeidsgiver.

Forutsetning for oppsigelse grunnet *gjentatte, kortere sykefravær* er at fraværet antar en slik dimensjon at det virker negativt inn på driften. Det er imidlertid ikke mulig å oppstille noen hovedregel for hvor stor grad av fravær som vil berettige en oppsigelse. Her må det tas utgangspunkt i konsekvensene for bedriften og fremtidsprognosen. En minsteperiode for dannelse av fremtidsprognosen på to år er i tysk teori foreslått som tommelfingerregel, men ikke bekreftet i praksis<sup>53</sup>.

Gjentatt kortere fravær kjennetegnes som alt fravær ved at balansen i partenes forhold forrykkes. Arbeidstaker er i perioder ikke i stand til å erlegge sin ytelse, mens arbeidsgivers lønnsplikt vil bestå, jf § 3 EFZG. Det er i praksis og litteratur alminnelig akseptert at slike kostnader vil være relevante å ta hensyn til ved vurderingen av om sykdommen virker

---

<sup>52</sup> Stahlhacke Rn.1217

<sup>53</sup> Stahlhacke Rn.1222

negativt inn på driften, og at disse kostnadene unntaksvis alene kan begrunne oppsigelsen<sup>54</sup>. Imidlertid har BAG lagt seg på en linje der enkeltstående fravær og påfølgende kostnader i opp til seks uker ikke anses for å ha den nødvendige negative innvirkning på bedriften, da dette vil sammenfalle med arbeidsgiverperioden etter § 3 EFZG<sup>55</sup>. Skulle denne perioden være relevant, ville en lovpålagt oppgave være del av begrunnelsen for oppsigelsen. Gjentatte fravær under 6 uker vil imidlertid kunne danne grunnlag for en negativ fremtidsprognose.

Produksjonsforstyrrelser i bedriften grunnet gjentatt fravær vil også kunne danne grunnlag for en oppsigelse, f.eks. ved stillstand i maskinparken og overbelastning av gjenværende personale. Slik oppsigelsesgrunn vil ofte være mer nærliggende i mindre enn i større bedrifter, da store bedrifter som oftest vil ha en større personalreserve.

Tidspunktet for fastleggelsen av arbeidstakers helseprognose sammenfaller med mottagelsen av oppsigelsen. Fraværsperiodene hittil i arbeidsforholdet må rettferdiggjøre antagelsen om også slikt fravær i fremtiden. En tidligere fraværsperiode grunnet sykdom som arbeidstaker senere er kurert for, eller sykdomsbilder med liten eller ingen gjentakelsesfare, vil dermed falle utenfor vurderingen. Arbeidsgiver har å bevise den negative prognosens berettigelse. Dersom arbeidstaker ikke har tilstrekkelig oversikt over eget sykdomsbilde til å imøtegå arbeidstakers påstander, er det tilstrekkelig at han fritar behandlende lege for taushetsplikten.

Interesseavveiningen har stor betydning ved sykdomsbasert oppsigelse. På arbeidsgiversiden vil det særlig måtte tas hensyn til hva som med rimelighet kan forlanges av midlertidige tiltak for å avhjelpe situasjonen. Kostnadskrevende tiltak som bruk av vikar eller overtid kan ikke forventes opprettholdt uavhengig av sykdomsperiodens lengde. Her må det imidlertid ses hen til arbeidsforholdets forløp frem til det aktuelle

---

<sup>54</sup> Stahlhacke Rn.1223

<sup>55</sup> BAG 25.11.1982 AP § 1 KSchG Krankheit Nr.7 punkt II 2b

sykdomsforholdet. Et lengre og hittil smertefritt arbeidsforhold gir grunnlag for å opprettholde midlertidige tiltak noe lenger enn det motsatte ville gjort.

Det er bedriftens konkrete situasjon som danner referanserammen. Ved fastleggelsen må det tas hensyn til bedriftens størrelse, karakteren av arbeidstakers arbeidsoppgaver og i hvilken grad disse kan utføres av andre uten større ulemper for bedriften. Et vesentlig moment ved denne vurderingen vil være hvorvidt sykdommen kan tilbakeføres til arbeidsoppgavene ved bedriften eller ikke. Bevisbyrden for at årsakssammenheng mellom sykdom og arbeid ikke foreligger, påhviler arbeidsgiver<sup>56</sup>. Også arbeidstakers egen skyld i sykdommen skal vektlegges, samt i hvilken grad bedriften har eller burde hatt en personalreserve tilgjengelig.

Innen rammen av bedriftens situasjon er størrelsen på utbetalte sykepengebeløp særlig å vektlegge. Det kan legges til grunn at betydningen av de andre momentene avtar etter hvert som sykepengeutbetalingen øker. Det er vanskelig å fastlegge et eksakt skjæringspunkt, men i praksis har en utbetalingsperiode som overskred arbeidsgiverperioden med 15 dager blitt sett på som en betydelig belastning for bedriften<sup>57</sup>. Prognostiserte sykepengeutbetalinger på 60 arbeidsdager i året er i praksis blitt betegnet som usedvanlig høyt<sup>58</sup>.

Allerede i to avgjørelser fra 1985 og 1986 har BAG slått fast at *varig manglende evne til å utføre det avtalte arbeid*, berettiger arbeidsgiveren til oppsigelse uten å måtte bevise ytterligere negative konsekvenser for bedriften<sup>59</sup>. Dette er tilfellet der arbeidstaker overhodet ikke arbeider lenger eller erklærer at han ikke vil være i stand til å komme tilbake til arbeidet igjen. Også negativprognosen anses oppfylt når arbeidsuførheten er av varig karakter. Hovedsakelig kan dermed en oppsigelse i disse tilfeller kun unngås der

---

<sup>56</sup> Stahlhacke Rn.1232

<sup>57</sup> Stahlhacke Rn.1234

<sup>58</sup> BAG 5.7.1990 EzA § 1 KSchG Krankheit Nr.32 punkt 3a

<sup>59</sup> Stahlhacke Rn.1236

arbeidstakeren kan skifte til et annet arbeid i bedriften, evt. etter nødvendig omskolering og opplæring.

Når det gjelder oppsigelse grunnet *alders- og sykdomsbetinget ytelsesforringelse* har rettspraksis lagt en strengere holdning til grunn. Før oppsigelse kan komme på tale her, må arbeidsgiver ha forsøkt andre og mildere tiltak. Det som kjennetegner denne kategori av sykdomsbegrunnede oppsigelser er at det her foreligger en subjektiv umulighet for å oppnå kontraktsfestet ytelse. Arbeidstaker setter seg dermed uforskyldt i kontraktsbrudd. Det må derfor foreligge en ikke uvesentlig forringelse av ytelsesevnen både kvalitativt og kvantitativ for at en oppsigelse skal kunne rettferdiggjøres. I praksis har oppsigelsen av en arbeidstaker som ikke lenger var i stand til å erlegge mer enn 2/3 av normalytelsen blitt godtatt<sup>60</sup>.

*Oppsigelse grunnet lengre tids sykdom* er i praksis mindre viktig<sup>61</sup>. Økonomisk er disse tilfellene ikke så belastende for bedriften som kortere og hyppigere sykdomstilfeller, fordi arbeidsgivers plikt til å betale sykepenger opphører etter seks ukers sykdom. Det avgjørende blir dermed om den antatte varighet av manglende arbeidsevne og den uvisshet dette medfører utgjør en ikke uvesentlig ulempe for bedriften. Jo lenger sykdommen varer, jo vanskeligere vil det bli å skille mellom lengre tids sykdom og en varig manglende evne til å oppfylle arbeidsplikten, noe som vil kunne få betydning for oppsigelsesadgangen.

#### 3.4.4 Arbeidstakers krav på advarsler

Etter tysk rett forlanger en oppsigelse grunnet arbeidstakers forhold i alminnelighet at arbeidstaker på forhånd har blitt gitt en eller flere advarsler. Kravet om advarsler følger av prinsippet om oppsigelsen som ultima ratio. En advarsel er et mildere alternativ enn en

---

<sup>60</sup> BAG 26.9.1991 EzA § 1 KSchG Personenbedingte Kündigung Nr.10 punkt A 3d aa) og bb), samt Stahlhacke Rn.1224

<sup>61</sup> Stahlhacke Rn.1240

oppsigelse. Et alminnelig prinsipp om advarsler ved ulike oppsigelsesforhold er videre lagt til grunn etter § 314 II BGB, jf BT-Drucks.14/6040 på side 177. Advarsel til arbeidstaker i ventetiden etter § 1 I KSchG kan gis, men er oppsigelsesrettslig ikke nødvendig så lenge oppsigelsen vil bli gitt før oppsigelsesvern oppnås. Det samme gjelder ansatte i småbedrifter unntatt oppsigelsesvernet, jf § 23 I KSchG.

Norsk rett krever i utgangspunktet ikke at arbeidstaker skal ha fått noen advarsler om utilfredsstillende arbeidsytelse eller uønsket opptreden før oppsigelse fattes. Likevel vil det være situasjoner der en advarsel vil være naturlig, og der mangel på sådan vil være et moment i saklighetsvurderingen i forhold til arbeidsgivers saksbehandling. Høyesterett uttaler i Rt. 1956 s.578 på side 580 at ”Noe vilkår om at advarsel ... skal være gitt på forhånd, oppstiller arbeidervernloven ikke. ... Jeg vil imidlertid ikke dermed utelukke at det i mange tilfelle vil kunne ha betydning om advarsel er gitt, når en skal ta stilling til om en oppsigelse fyller lovens krav til saklighet.”

Det vil etter norsk rett også komme an på pliktbruddets karakter og situasjonen som sådan hvorvidt mangel på advarsel skal tillegges vekt eller ikke. Der en ansatt ved et gamlehjem for annen gang blir tatt i å stjele verdigjenstander fra beboerne, vil det neppe ha noen betydning for en oppsigelse at en advarsel ikke ble gitt første gang. Også der det på forhånd fra ledelsen er klargjort at enkelte handlinger ses på som svært alvorlige, har det liten betydning at advarsel ikke blir gitt. Den som blir sagt opp etter enkelte gangers forsovelse vil ha en større mulighet med å nå frem med at arbeidsgiver, når denne oppfattet forholdet som plagsomt, burde gitt en advarsel. Arbeidstakerens mulighet til å endre atferd ville da vært større.

Det kan etter tysk rett ikke stilles noe krav til et bestemt antall advarsler som skal gis. Avgjørende må være kontraktsbruddets karakter. Ved flere advarsler uten videre konsekvenser, må imidlertid arbeidsgiver tydeliggjøre gjennom siste advarsel at oppsigelse vil bli resultatet ved gjentatt kontraktsbrudd. Advarselens funksjon gjør at det må stilles enkelte krav til dens innhold. Det må fremgå tydelig at arbeidsgiver oppfatter arbeidstakers

opptreden som i strid med arbeidskontrakten, og at dersom opptredenene gjentas vil arbeidsforholdet kunne stå i fare. I tillegg vil en advarsel tjene som et prognosegrunnlag for en eventuelt etterfølgende oppsigelse.

Advarsel trengs naturlig nok ikke gis i alle tilfeller. Avgjørende blir om det ut av overtredelsen kan utledes en klar negativ prognose for fremtiden. Er dette mulig trengs det ikke gis noen advarsel. Advarsel trengs etter forarbeidene til § 314 II BGB heller ikke gis der tillitsforholdet mellom partene er ødelagt. Også der det er umulig for arbeidstaker å rette sitt forhold vil advarsel verken kunne ha en varslingsfunksjon eller en prognosefunksjon, og vil dermed være unødvendig. Av denne grunn er det viktig å skille mellom oppsigelse grunnet arbeidstakers forhold og grunnet arbeidstakers person. Ved oppsigelse grunnet arbeidstakers forhold vil arbeidstaker ha mulighet til å endre sin oppførsel, noe som forutsetter at arbeidstaker er gitt en eller flere advarsler. Avgresningen mellom disse to grunnlag kan imidlertid by på problemer. Et eksempel kan være ved oppsigelse grunnet manglende faglige kvalifikasjoner. Dette vil i utgangspunktet falle under arbeidstakers forhold, og dermed kreve en advarsel før oppsigelse kan fattes. Imidlertid kan dette også utgjøre et personbetinget forhold, nemlig der de manglende kvalifikasjoner vil være et resultat av forhold arbeidstaker ikke kan påvirke, f.eks. personlighetsforandringer av betydning for bedriften ved transseksualitet. Er imidlertid muligheten for et videre kontraktskonformt arbeidsforhold tilstede, skal advarsel gis. I tvilstilfeller bør arbeidsgiver gi en advarsel.

Etter mitt syn foreligger en rekke gode grunner for at arbeidsgiver i egnede tilfeller burde hatt en plikt til å ilegge arbeidstaker en advarsel. En formell advarsel vil ved en senere oppsigelse gjøre det lettere å dokumentere at det forhold varselet gjelder har funnet sted. En advarsel vil også vise at bedriften har lagt vekt på forholdet, noe som avskjærer en eventuell antakelse om at forholdet kun er tørket støv av for å understøtte en senere oppsigelse. Til sist kan det anføres at en oppsigelse er et meget alvorlig onde som vil kunne ramme arbeidstaker hardt. En advarsel vil gi arbeidstaker anledning til å justere seg, og ved

videre negativ oppførsel dokumentere for arbeidsgiver at arbeidstaker har blitt opplyst om konsekvensene, men likevel valgt å fortsette som før.

Det må kunne legges til grunn for begge rettssystemers del at arbeidstaker som er uenig i gitt advarsel må gis anledning til å dokumentere uenigheten sammen med varselet i personalmappen. Noe annet ville ikke være i overensstemmelse med grunnprinsippet om kontradiksjon.



## **4 Domstolsadgangen til å overprøve oppsigelsens saklighet**

Også ved denne drøftelsen vil det være hensiktsmessig å ta utgangspunkt i den inndeling av oppsigelsesgrunnlagene som gjøres i § 1 II 1. punktum KSchG.

Det er neppe tvilsomt verken i tysk eller norsk rett at domstolene har anledning til å prøve alle sider av en oppsigelse grunnet forhold på arbeidstakersiden. Domstolene vil her i like stor grad som arbeidsgiver være skikket til å foreta vurderingen av om oppsigelsen har saklig grunnlag eller er sosialt rettferdig. For norsk retts vedkommende kan Rt. 1984 s.1058 trekkes frem som et eksempel. Dommen er avsagt under dissens 3-2, men flertallet anså seg berettiget til å overprøve en oppsigelse begrunnet i en skuespillers manglende ”scenisk skapende fantasi” og at hun ”ikke blir forløst på scenen”.

Som utgangspunkt må det ved oppsigelse grunnet arbeidsgivers forhold legges til grunn at domstolene har full anledning til å overprøve alle sider ved oppsigelsens saklighet / sosiale rettferdighet. Fra dette må imidlertid gjøres enkelte unntak som det vil bli redegjort for i det følgende. Spørsmålet er i hvilken grad domstolene har adgang til å overprøve arbeidsgivers bedømmelse av oppsigelsens bedriftsøkonomiske nødvendighet.

### **4.1 Norsk rett**

Når en bedrift vurderer tiltak som driftsinnskrenkninger og rasjonalisering, legges en bred vurdering av bedriftsøkonomiske, merkantile og tekniske forhold til grunn. Målet er å etablere et så sikkert bilde som mulig av bedriftens situasjon på et nærmere angitt tidspunkt i fremtiden. Innholdet av denne vurderingen vil kun i liten grad ha sammenheng med

innholdet i saklighetskravet, og vil således ha lite å gjøre med en rettslig vurdering det vil være naturlig for domstolene å ta stilling til.

Det vil derfor måtte legges til grunn at beslutninger om driftsinnskrenkninger og rasjonaliseringstiltak kun i liten grad kan overprøves av domstolene, noe som også er lagt til grunn i juridisk teori<sup>62</sup>. Unntak kan imidlertid tenkes der arbeidsgivers vurdering av det underliggende bedriftsøkonomiske materialet er klart feilaktig, eller der økonomiske eller driftsmessige hensyn er påberopt for å kamuflere utenforliggende motiver. Det må også tilligge domstolene å ta stilling til om oppsigelsen strider mot lov, tariffavtale eller individuell arbeidsavtale.

Selv om domstolene som hovedregel ikke vil kunne overprøve arbeidsgivers bedriftsøkonomiske vurdering, må det være klart at arbeidsgivers saksbehandling i forbindelse med beslutning om rasjonalisering eller driftsinnskrenkning vil være gjenstand for domstolskontroll. Forsvarlig saksbehandling er en del av saklighetskravet og derfor del av en rettslig vurdering det vil være naturlig for domstolene å ta stilling til. Det må her kunne legges vekt på om oppsigelse er gitt en samvittighetsfull behandling, om oppsigelsen bygger på et riktig faktisk grunnlag samt alle andre momenter egnet til å belyse arbeidsgivers saksbehandling. Kravet til arbeidsgivers vurdering og kravet om at oppsigelsen må være tatt ut fra et riktig og fyllestgjørende grunnlag, innebærer at arbeidsgiveres saksbehandling må ha vært betryggende.

## 4.2 Tysk rett

Tysk rett tar som norsk utgangspunkt i at bedriftsøkonomiske disposisjoner i stor grad faller innenfor arbeidsgivers styringsrett, og at de derfor, samt grunnet sin karakter, er lite egnede for domstolskontroll. Dette er lagt til grunn i rettspraksis der oppfatningen er den at innholdet i de bedriftsøkonomiske vurderinger som ligger til grunn for oppsigelsen er

---

<sup>62</sup> Jakhell n.s.385

unntatt fra domstolenes kontroll. Det er opp til arbeidsgiver hvilke tiltak som er best egnet til å nå bedriftens målsetninger. Domstolene må imidlertid kunne prøver om bedriftens disposisjoner er åpenbart usaklige (herunder om de er egnet til å nå det ønskede mål), ufornuftige eller vilkårlige<sup>63</sup>. Arbeidsgivers saksbehandling vil være en del av dette.

Prinsippet om oppsigelsen som ultima ratio pålegger domstolene en plikt til å kontrollere om grunnlaget for oppsigelsen er tilstrekkelig konkret. Slikt oppsigelsesgrunnlag er en forutsetning for at et mildere alternativ til oppsigelsen kan komme i betraktning. F.eks. vil en faktisk svikt i ordreinngangen kunne gi bakgrunn for forhandlinger mellom partene om endringer i arbeidsforholdet, mens arbeidsgivers generelle uro for fremtidsutsiktene ikke vil gjøre dette.

Videre vil domstolene, slik også etter norsk rett, kunne kontrollere om arbeidsgivers disposisjoner vil være i strid med lov, tariffavtale eller individuell arbeidsavtale.

Tariffstridige kan oppsigelsene f.eks. være dersom de gjenværende arbeidstakere som en konsekvens av oppsigelsene blir pålagt arbeidsbetingelser i strid med tariffavtalen. Om tiltaket vil være rettstridig etter § 612a BGB, f.eks. der arbeidsgiver gjennom omlegging av driften forsøker å kvitte seg med brysomme arbeidstakere, ligger også til domstolenes kontrollsfære.

---

<sup>63</sup> BAG 30.4.1987 AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr.42 punkt III 2c, bekreftet i BAG 9.5.1996 AP § 1 KSchG 1969 Nr.79 punkt 2a, jf 2c bb)

## 5 Avslutning

Gjennomgangen viser at norsk og tysk rett bruker noe forskjellige virkemidler for å nå samme mål, en riktig begrunnet og rettferdig oppsigelse. Hvilket regelsett som gir den beste løsning for partene er vanskelig å fastslå uten å legge et langt bredere perspektiv til grunn, der både arbeidstakervernsystemet generelt og sosiale støtteordninger tas i betraktning.

Om systemene også fremover vil følge en noenlunde parallell kurs avhenger av reglenes sosiale virkebetingelser. Gode arbeidsmarkedsforhold gir større plass for sosiale hensyn og omvendt. Helt lik utvikling av systemene er nok derfor ikke å forvente, den ulike arbeidsmarkedssituasjonen i Norge og Tyskland tatt i betraktning.

## 6 Litteraturliste

Bader, Peter. *Das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt: Neues im Kündigungsschutzgesetz und im Befristungsrecht*. I: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Verlag C. H. Beck) 2004, side 65-77

Brox, Hans. *Arbeitsrecht*. Hans Brox, Bernd Rütters og Martin Henssler. 16 utg. (Verlag W. Kohlhammer 2004)

*Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*. Redigert av Thomas Dietrich ... [et al.]. 4. utg. (Verlag C. H. Beck 2004)

Fanebust, Arne. *Oppsigelse i arbeidsforhold*. 4. utg. (Universitetsforlaget 2001)

Feuerborn, Andreas. *Sachliche Gründe im Arbeitsrecht*. (Verlag C. H. Beck 2003)

Holo, Lars. *Kommentarutgave: Arbeidsmiljøloven*. Lars Holo og Jan Fougner. 8. utg. (Universitetsforlaget 2003)

Jakhelln, Henning. *Oversikt over arbeidsretten*. 3. utgave. (N.W.DAMM & SØNN 2004)

Model, Otto. *Staatsbürger-Taschenbuch*. Otto Model og Carl Creifelds. 30. utgave. (Verlag C. H. Beck 2000)

Preis, Ulrich. *Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen*. (Verlag C. H. Beck 1987)

Stahlhacke, Eugen. *Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis*. Eugen Stahlhacke, Ulrich Preis og Reinhard Vossen. 9. utg. (Verlag C. H. Beck 2005).

## 6.1 Lover benyttet i oppgaven

Arbeitszeitgesetz (In der Fassung der Bekanntmachung vom 24. Dezember 2003)

Betriebsrätegesetz (vom 4. Februar 1920)

Betriebsverfassungsgesetz (In der Fassung der Bekanntmachung vom 25. September 2001)

Bürgerliches Gesetzbuch (In der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002)

Entgeltfortzahlungsgesetz (In der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Dezember 2003)

Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit (vom 20. Januar 1934)

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (vom 23. Mai 1949)

Kündigungsschutzgesetz (In der Fassung der Bekanntmachung vom 25. August 1969)

Lov av 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

Lov av 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd

Lov av 6. august 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett

Lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.

Lov av 14. desember 1973 nr. 61 om statsgaranti for lønnskrav ved konkurs m.v.

Lov av 17. mai 1814 – Kongeriget Norges Grundlov

Mutterschutzgesetz (In der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Juni 2002)

Sozialgesetzbuch Drittes Buch (vom 24. März 1997)

Sozialgesetzbuch Neuntes Buch (vom 19. juni 2001)

Teilzeit- und Befristungsgesetz (In der Fassung der Bekanntmachung vom 21.12.2000)

## 6.2 Forarbeider benyttet i oppgaven

Deutscher Bundestag - Drucksache 15/1204	Entwurf eines Gesetzes zu Reformen am Arbeitsmarkt <a href="http://dip.bundestag.de/btd/15/012/1501204.pdf">http://dip.bundestag.de/btd/15/012/1501204.pdf</a>
Deutscher Bundestag – Drucksache 14/6040	Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts <a href="http://dip.bundestag.de/btd/14/060/1406040.pdf">http://dip.bundestag.de/btd/14/060/1406040.pdf</a>
Ot.prp. nr. 49 (2004-2005)	Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
Ot.prp. nr. 50 (1993-94)	Om lov om endringer i lov av 4. februar 1977 nr 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.
Ot.prp. nr. 41 (1975-76)	Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø

## 6.3 Norske rettsavgjørelser benyttet i oppgaven

Rt. 2003 side 1754

Rt. 2003 side 1702

Rt. 2000 side 1602

Rt. 1999 side 163  
Rt. 1997 side 623  
Rt. 1995 side 227  
Rt. 1992 side 776  
Rt. 1989 side 508  
Rt. 1989 side 329  
Rt. 1987 side 562  
Rt. 1986 side 879  
Rt. 1984 side 1058  
Rt. 1983 side 1004  
Rt. 1978 side 160  
Rt. 1967 side 91  
Rt. 1964 side 1345  
Rt. 1963 side 1013  
Rt. 1962 side 888  
Rt. 1956 side 578  
Rt. 1935 side 467

#### 6.4 Tyske rettsavgjørelser benyttet i oppgaven (med funnsteder)

BAG 27.11.2003 AP KSchG 1969 § 1 Nr. 64:

<http://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=en&Datum=2003-11-27&nr=9539&pos=3&anz=11>

BAG 5.12.2002 AP KSchG 1969 § 1 Nr.59:

<http://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=en&Datum=2002-12-5&nr=8915&pos=2&anz=10>



BAG 6.8.1997 AP § 1 KSchG Wiedereinstellung Nr. 2:

<http://www.lexrex.de/rechtsprechung/entscheidungen/searchresults/699.html>

BAG 27.2.1997 EzA § 1 KSchG Nr. 1:

<http://www.lexrex.de/rechtsprechung/entscheidungen/searchresults/700.html>

BAG 9.5.1995 AP § 1 KSchG 1969 Nr. 79:

<http://www.lexrex.de/rechtsprechung/entscheidungen/searchresults/729.html>

BVerfG 21.2.1995 NZA 1995 side 619 flg.:

<http://www.lexrex.de/rechtsprechung/entscheidungen/searchresults/703.html>

BAG 26.9.1991 EzA § 1 KSchG Nr. 10:

<http://www.lexrex.de/rechtsprechung/entscheidungen/searchresults/275.html>

BAG 29.11.1990:

<http://www.lexrex.de/rechtsprechung/entscheidungen/searchresults/736.html>

BAG 5.7.1990 EzA § 1 KSchG Krankheit nr. 32

<http://www.lexrex.de/rechtsprechung/entscheidungen/searchresults/759.html>

BAG 30.4.1987 AP § 1 KSchG Nr. 42:

<http://www.lexrex.de/rechtsprechung/entscheidungen/searchresults/711.html>

BAG 24.3.1983 AP § 1 KSchG Nr. 12:

<http://www.lexrex.de/rechtsprechung/entscheidungen/searchresults/747.html>

BAG 25.11.1982 AP § 1 KSchG Nr. 7

Se vedlegg 1

BAG 30.5.1978 EzA § 626 BGB Nr. 66:

<http://www.lexrex.de/rechtsprechung/entscheidungen/searchresults/719.html>

BAG 13.9.1973 AP § 1 KSchG 1969 Nr.2:

<http://www.lexrex.de/rechtsprechung/entscheidungen/searchresults/720.html>

## 6.5 Andre kilder

Hovedavtalen LO – NHO 2006 – 2009

## 7 Forkortelser

Aml.1977	Lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.
Aml.2005	Lov av 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.
AOG	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (samling av avgjørelser fra BAG)
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
ARD	Dommer og kjennelser av arbeidsretten
BAG	Bundesarbeitsgericht
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BRG	Betriebsrätegesetz
BT-Drucks.	Drucksachen des Deutschen Bundestages

BVerfG	Bundesverfassungsgericht
Deknl.	Dekningsloven
EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht, utgitt og bearbejdet av Eugen Stahlhacke
Ftrl.	Folketrygloven
Grl.	Kongeriget Norges Grundlov
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
MuSchG	Mutterschutzgesetz
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
Rn.	Randnummer (fortløpende kannummerering)
SGB III	Sozialgesetzbuch Drittes Buch
SGB IX	Sozialgesetzbuch Neuntes Buch
TzBfG	Teilzeit – und Befristungsgesetz

## **8 Vedlegg**

Vedlegg 1: BAG 25.11.1982 AP § 1 KSchG Nr.7